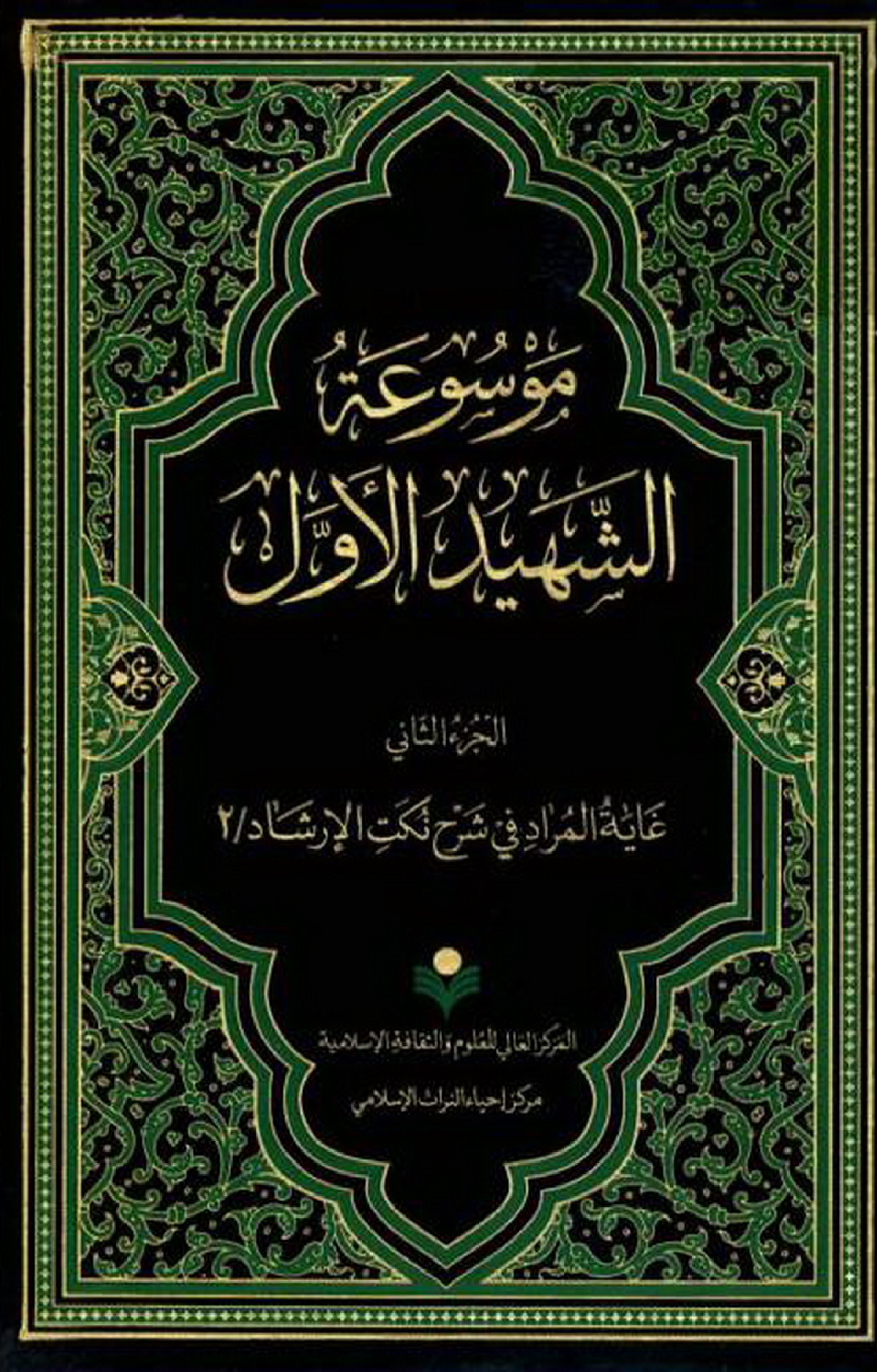


موسوعة
الشهيد الأول
الجزء الثاني
غاية المراد في شرح نكت الإرشاد/٢
المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية
مركز إحياء التراث الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

موسوعة الشهيد الأوّل

الجزء الثاني

غاية المراد

في شرح نكت الإرشاد / ٢

مركز العلوم والثقافة الإسلاميّة

مركز إحياء التراث الإسلامي



مركز العلوم والثقافة الإسلاميّة

موسوعة الشهيد الأوّل
الجزء الثاني (غاية المراد في شرح نكت الإرشاد / ٢)
مجموعة من المحقّقين
إشراف: عليّ أوسط الناطقي

الناشر: مركز العلوم والثقافة الإسلاميّة
معاونية الأبحاث لمكتب الإعلام الإسلامي في الحوزة العلميّة، قم المقدّسة
الإعداد: مركز إحياء التراث الإسلامي
الطباعة: مطبعة نگارش
الطبعة الأولى ١٤٣٠ق / ٢٠٠٩م
الكمّيّة: ١٠٠٠ نسخة
سعر الدورة: ٢٠٠٠٠٠ تومان
العنوان: ١٠٠ ؛ التسلسل: ١٥١

العنوان: قم، شارع الشهداء (صفائية)، زقاق آمار، الرقم ٤٢
التلفون والفاكس: ٧٨٣٢٨٣٣، التوزيع: قم ٧٨٣٢٨٣٤؛ طهران ٥ ـ ٨٨٩٤٠٣٠٣
ص. ب: ٣٧١٨٥/٣٨٥٨، الرمز البريدي: ١٦٤٣٩ ـ ٣٧١٥٦
وب سايت: www.isca.ac.ir البريد الالكتروني: nashr@isca.ac.ir

موسوعة الشهيد الأوّل (الجزء الثاني: غاية المراد في شرح نكت الإرشاد / ٢) / مجموعة من المحقّقين؛ إشراف علي أوسط الناطقي؛ الإعداد مركز إحياء التراث الإسلامي. ـ قم: مركز العلوم والثقافة الإسلامية، ١٤٣٠ق. = ٢٠٠٩م. = ١٣٨٨ش.
٢١ ج.
٢/٠٠٠/٠٠٠ ريال (دوره)

ISBN: 978-600-5570-12-0 ـ (مدخل)	ISBN: 978-600-5570-11-3 ـ (دوره)
ISBN: 978-600-5570-14-4 ـ (ج.٢)	ISBN: 978-600-5570-13-7 ـ (ج.١)
ISBN: 978-600-5570-16-8 ـ (ج.٤)	ISBN: 978-600-5570-15-1 ـ (ج.٣)
ISBN: 978-600-5570-18-2 ـ (ج.٦)	ISBN: 978-600-5570-17-5 ـ (ج.٥)
ISBN: 978-600-5570-20-5 ـ (ج.٨)	ISBN: 978-600-5570-19-9 ـ (ج.٧)
ISBN: 978-600-5570-22-9 ـ (ج.١٠)	ISBN: 978-600-5570-21-2 ـ (ج.٩)
ISBN: 978-600-5570-24-3 ـ (ج.١٢)	ISBN: 978-600-5570-23-6 ـ (ج.١١)
ISBN: 978-600-5570-26-7 ـ (ج.١٤)	ISBN: 978-600-5570-25-0 ـ (ج.١٣)
ISBN: 978-600-5570-28-1 ـ (ج.١٦)	ISBN: 978-600-5570-27-4 ـ (ج.١٥)
ISBN: 978-600-5570-30-4 ـ (ج.١٨)	ISBN: 978-600-5570-29-8 ـ (ج.١٧)
ISBN: 978-600-5570-32-8 ـ (ج.٢٠)	ISBN: 978-600-5570-31-1 ـ (ج.١٩)

فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا.
كتابنامه.
١. اسلام ـ مجموعه‌ها. ٢. فقه جعفرى ـ قرن ٨ق. ـ مجموعه‌ها. ٣. شهيد اول، محمد بن مكّي، ٧٢٤ ـ ٧٨٦ق. ـ سرگذشتنامه. الف. ناطقي، علي اوسط. ب. مكتب الإعلام الإسلامي. مركز العلوم والثقافة الإسلامية. مركز إحياء التراث الإسلامي.
BP٤/٦ /م٨
١٣٨٨
٢٩٧/٠٨

دليل

موسوعة الشهيد الأوّل

المدخل = الشهيد الأوّل حياته و آثاره

الجزء الأوّل ـ الجزء الرابع = ١. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد

الجزء الخامس ـ الجزء الثامن = ٢. ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة

الجزء التاسع ـ الجزء الحادي عشر = ٣. الدروس الشرعيّة في فقه الإماميّة

الجزء الثاني عشر = ٤. البيان

الجزء الثالث عشر = ٥. اللمعة الدمشقيّة في فقه الإماميّة

الجزء الرابع عشر = ٦. حاشية القواعد (الحاشية النجّاريّة)

الجزء الخامس عشر = ٧. القواعد والفوائد

الجزء السادس عشر و الجزء السابع عشر = ٨. جامع البين من فوائد الشرحين

الجزء الثامن عشر = الرسائل الكلاميّة والفقهيّة

الرسائل الكلاميّة

٩. المقالة التكليفيّة

١٠. الأربعينيّة في المسائل الكلاميّة

١١. العقيدة الكافية

١٢. الطلائعيّة

١٣. تفسير الباقيات الصالحات

الرسائل الفقهيّة

١٤. أحكام الميّت

١٥. الرسالة الألفيّة

١٦. الرسالة النفليّة

١٧. جواز السفر في شهر رمضان اعتباطاً

١٨. المنسك الصغير

١٩. المنسك الكبير

٢٠. أجوبة مسائل الفاضل المقداد

٢١. المسائل الفقهيّة

الجزء التاسع عشر = المزار والرسائل المتفرّقة

٢٢. المزار

٢٣. الأربعون حديثاً (١)

٢٤. الأربعون حديثاً (٢)

٢٥. الأربعون حديثاً (٣)

٢٦. الوصيّة (١)

٢٧. الوصيّة (٢)

٢٨. الوصيّة (٣)

٢٩. الإجازة لابن نجدة

٣٠. الإجازة لابن الخازن

٣١. الإجازة لجماعة من العلماء

٣٢. الأشعار

الجزء العشرون = الفهارس

فهرس الموضوعات

كتاب المتاجر

كتاب الديون وتوابِعِه

كتاب الإجارة وتوابعها

كتاب العطايا


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب المتاجر

المقصد الأوّل في المقدّمات

المقصد الثاني في أركانها

المقصد الثالث في أنواعها

المقصد الرابع في اللواحق


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب المتاجر

وفيه مقاصدُ:

[المقصدُ] الأوّلُ في المقدّماتِ

وفيه مطلبانِ:

[المطلبُ] الأوّلُ في أقسامِها

وتَنقسم بانقسام الأحكامِ الخمسة:

فَالواجِبُ منها مَا اضْطُرَّ الإنسانُ إليه في المباح.

والمستحَبُّ ما قُصِدَ به التوسِعةُ على العِيالِ، والصدقَةُ على المحاويج.

والمباحُ ما اسْتُغنيَ عنه وانتَفى الضررُ فيه.

والمكروهُ ما اشتَمل على ما ينبغي التَنَزُّه عنه، وهو الصرفُ، وبيعُ الأكفانِ والطعامِ والرَقيقِ، والذِباحةُ، والصياغَةُ، والحِجامةُ مع الشرطِ، والقابلةُ معه، والحِياكَةُ، وأُجرةُ الضِراب، وأُجرةُ تعليم القرآنِ ونَسخِه، وكسبُ الصبيان ومَنْ لا يَجْتَنِبُ المحارمَ ● والاحتكارُ على رأي، وهو حَبْسُ الحِنطةِ والشعيرِ والتَمْرِ

قوله ﷺ: «والاحتكار على رأي».

أقول: هذا عطفٌ على المكروه، وهو مذهبُ المفيد ﷺ [1] والشيخِ في المبسوط [2] وأبي الصلاح في المكاسب [3]؛ لأصالة العدم، ولِتسليطِ الإنسانِ على مالِه، ويُؤيِّده روايةُ

---

1. المقنعة، ص ٦١٦.
2. المبسوط، ج ٢، ص ١٩٥.
3. الكافي في الفقه، ص ٢٨٣، في فصل مايكره من المكاسب.

والزَّبيبِ والسَّمْنِ والمِلْحِ، إذا استبقاها للزيادةِ ولَم يُوجَدْ باذِلٌ سِواه. ويُجْبَرُ على البيعِ لا التسعير.

والمُحرَّمُ ما اشتَمَلَ على وجهِ قُبْحٍ وهو خمسةٌ:

الأوّلُ: بيعُ الأعيانِ النَّجسةِ كالخمرِ، والنَّبيذِ، والفُقّاعِ، وما نَجِسَ مِنَ المائعاتِ

الحلبي في الحسنِ عن الصادقِ عليه السلام قال: سألته عن الرجل يَحْتَكِر ـ إلى أنْ قال: ـ «وإنْ كان الطعامُ قليلاً لا يَسَعُ الناسَ، فإنّه يُكرَهُ أنْ يَحْتَكِرَ الطعامَ ويَتْرُكَ الناسَ ليس لهم طَعامٌ»[١].

وقال الصدوق[٢] وابنُ البرّاجِ[٣] وأبو الصلاحِ في فصل البَيعِ: هو حرامٌ[٤]، وهو ظاهرُ كلامِ ابن إدريسَ[٥]؛ لما رواهُ إسماعيلُ بنُ أبي زيادٍ في الصحيح عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يَحْتَكِرُ الطعامَ إلّا خاطئٌ»[٦]. وعن أبي القدّاح عن الصادق عليه السلام عن النبيّ صلى الله عليه وآله: «الجالب مرزوقٌ والمُحتَكِرُ ملعونٌ»[٧]. وعن الصادق عليه السلام: «ما زادَ على الأربعينَ يوماً في الخِصْب فصاحبهُ ملعونٌ»[٨]؛ ولأنّه يُجْبَرُ على البَيع. وأجابَ في المختلف، بِمَنْعِ السندِ والملازمة[٩]. واختار الشيخُ في الاستبصار التحريمَ إنْ لم يُوجد غيرهُ[١٠].

---

١. الكافي، ج ٥، ص ١٦٥، باب الحُكرة، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٠، ح ٧٠٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٥، ح ٤١١.

٢. المقنع، ص ٣٧٢.

٣. المهذّب، ج ١، ص ٣٤٦.

٤. الكافي في الفقه، ص ٣٦٠.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٢١٨ و ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

٦. الفقيه، ج ٣، ص ٢٦٦، ح ٣٩٦٢ رواهُ مرسلاً عن النبيّ صلى الله عليه وآله؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٥٩، ح ٧٠١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٤، ح ٤٠٢.

٧. الكافي، ج ٥، ص ١٦٥، باب الحُكرة، ح ٦؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٦٦، ح ٣٩٦٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٥٩، ح ٧٠٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٤، ح ٤٠٤. وفي الفقيه رواه مرسلاً عن النبيّ صلى الله عليه وآله، وفي تهذيب الأحكام «أبي العلا» بدل «أبي القدّاح».

٨. الكافي، ج ٥، ص ١٦٥، باب الحُكرة، ح ٧؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٦٧، ح ٣٩٦٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٥٩، ح ٧٠٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٤، ح ٤٠٥.

٩. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٧٠، المسألة ٣١.

١٠. الاستبصار، ج ٣، ص ١١٥، ذيل الحديث ٤٠٨.

ممّا لا يَقْبَلُ التطهيرَ ـ عدا الدُّهنِ النَّجِسِ لفائدةِ الاستصباحِ به تحتَ السماءِ ـ والمَيْتَةِ، وكَلْبِ الهِراشِ، والخِنزيرِ، والأرواثِ، والأبوالِ إلّا بولَ الإبلِ.

ولا بأسَ بِبَيعِ ما عَرَضَ له التنجيسُ مع قبولِ الطَّهارةِ، بشرطِ الإعلامِ.

الثاني: ما قُصِدَ به المُحرّمُ كآلاتِ اللَّهْوِ والقِمارِ، والأصنامِ، والصُّلْبانِ، وبَيعِ السِلاحِ لأعداءِ الدينِ، وإجارَةِ المَساكِنِ للمُحرّماتِ والحَمُولاتِ لَها، وبَيعِ العِنَبِ لِيُعْمَلَ خَمْراً والخَشَبِ لِيُعملَ صَنَماً، ويُكْرَهُ لِمَنْ يَعْمَلُهُما.

الثالثُ: ما لا انتِفاعَ به كالخَنافِسِ، والديدانِ، والذُّبابِ، والقُمَّلِ، والمُسُوخِ البَرِّيَّةِ كالقِرْدِ والدُّبِّ عدا الفيلِ، والبَحْرِيّةِ كالضَفادِعِ وَالسَلاحِفِ وَالطّافي

● وفي السِباعِ قولان.

قوله ﷺ: «وفي السِباعِ قولانِ».

أقول: للأصحابِ في جَوازِ بَيعِ السِباعِ قولانِ:

الأوّلُ: المنعُ، وهو مذهبُ الشيخين [١]، وابن أبي عقيلٍ [٢] وسلّار [٣]، واستثنى في النهايةِ الفَهْدَ، معلّلاً بصَلاحِيَتِهِ للصَيد [٤]، وزادَ المفيدُ: البُزاةَ وطيورَ الصَيدِ [٥]. ولعلّ الحجّةَ تحريم اللحمِ، أو جَوازُ الإتلافِ، أو النظرُ إلى عدمِ المَنْفَعَةِ.

والثاني: الكَراهية [٦]، وهو مذهبُ القاضي ابن البرّاجِ [٧]، والفاضلِ ابن إدريسَ [٨] والمُحقّقِ

---

١. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٨٩؛ والشيخ في النهاية، ص ٣٦٤؛ والخلاف، ج ٣، ص ١٨٤، المسألة ٣٠٨؛ والمبسوط، ج ٢، ص ١٦٦.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤١، المسألة ٤؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٠٣.

٣. المراسم، ص ١٧٠.

٤. النهاية، ص ٣٦٤.

٥. المقنعة، ص ٥٨٩.

٦. المستفاد من كلماتهم هو الجواز كما ترى سوى ظاهر ابن الجنيد.

٧. حكى العلّامة الجوازَ عنه في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤١، المسألة ٤؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٠٤ ولم نجده في المهذّب وجواهر الفقه.

٨. السرائر، ج ٢، ص ٢٢٠ ـ ٢٢١ و ٣٢٧.

الرابعُ: ماهو حَرامٌ في نَفسِه كَعَملِ الصُوَرِ المُجَسَّمَةِ، وَالغِناءِ، وَمَعُونَةِ الظالِمينَ بِالحَرامِ، وَالنَوْحِ بالباطِلِ، وَحفْظِ كُتُبِ الضَلالِ وَنَسْخِها لِـغَيرِ النَـقْضِ والحُـجَّةِ، وَهِجاءِ المُؤمنينَ، وَتَعلُّمِ السِحْرِ، والكِهانَةِ، وَالقِيافَةِ والشَعْبَذَةِ، وَالقِمارِ، وَالغِشِّ بما يَخْفى، وَتَدْليسِ الماشِطَةِ، وَتَزْيينِ الرَجلِ بِالمُحرَّمِ، وَالرِشا في الحُكْـمِ ـ سَـواءٌ حُكِمَ لَه أو عَليه، بِحَقٍّ أو باطلٍ ـ وَالوَلايَةِ مِنْ قِبَلِ الظالمِ مَعَ غَلَبَةِ ظَنِّهِ بالقُصُورِ عَنِ الأمرِ بالمعروفِ والنهيِ عن المنكرِ، وَجَوائِزِهِ المَغْصُوبةِ، فَيُعيدُها لو أخَـذَها عَلى صاحِبِها أو وارِثِهِ، فَإنْ تَعذَّرَ تَصدَّقَ بها عنه.

الخامسُ: مايجبُ فِعلُه كَتغسيلِ الأمواتِ وَتكفينِهِم وَدَفْنِهم، وكَذا أخْذُ الأُجْرَةِ على الأذانِ وَالصَلاةِ بالناسِ وَالقَضاءِ.

ولا بأسَ بِالرزقِ من بَيتِ المالِ عـلى الأذانِ، وَالقَـضاءِ مَـعَ الحـاجَةِ وَعَـدَمِ التعيينِ، والأُجرةِ على عَقدِ النِكـاحِ، وَالرِزقِ مـن بـيتِ المـالِ لِـلقاسِمِ وكـاتِبِ القاضي، وَالمُترجِمِ وصاحِبِ الديوانِ، وَمَنْ يَكيلُ لِلناسِ ويَـزِنُ، ويُـعلِّمُ القـرآنَ والأدبَ. وبيعِ كَلبِ الحائطِ والماشِيَةِ والزَرْعِ والصَيْدِ وإجارَتِها، والولايَةِ مِنْ قِبَلِ

نجمِ الدينِ [١]، وظاهرُ ابنِ الجُنَيْد [٢]، واختارهُ الشيخُ في ثاني النهاية [٣]؛ لأنّها عينٌ طاهرةٌ يُنتفعُ بها فجاز بَيعها؛ لعموم: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [٤]؛ ولما رواهُ عيصُ بنُ القاسمِ في الصحيح قال: سألتُ أبا عبدالله ﷺ عن الفُهُودِ وسِباعِ الطير هل يُلتَمسُ التجارةُ فيها؟ قال: «نعم» [٥]. ولعلّه الأقوى، ومُعْتَمدُهُم ـ المذكورُ على المنع ـ ظاهرُ الضعف، ولم نقِفْ لهم على غيره.

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤: وقيل: يجوز بَيعُ السِباعِ كُلِّها... وهو الأشبه؛ والمختصر النافع، ص ١٩٦: وفي بقيّة السباع قولان، أشبههما: الجواز.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤١، المسألة ٤.

٣. النهاية، ص ٤٠٣: ولابأس ببيع الجوارح من الطير والسباع من الوحش.

٤. البقرة (٢): ٢٧٥.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٢٢٦، باب جامع فيما يـحلّ الشـراء والبيع مـنه... ح ٤؛ تـهذيب الأحكـام، ج ٦، ص ٣٧٣، ح ١٠٨٥ وص٣٨٦، ح ١١٤٨؛ وج ٧، ص ١٣٣، ح ٥٨٤.

العادلِ، وَمِنَ الجائرِ مع عِلْمِهِ بِالقيامِ بالأمرِ بالمعروفِ وَالنّهي عَنِ المُنكَرِ أو بِدُونِهِ مع الإكْراهِ، وما يأخُذُه السُّلطانُ الجائرُ بِاسمِ المُقاسَمَةِ مِنَ الغَلّاتِ، والْخَراجِ عَنِ الأرضِ، والزّكاةِ مِنَ الأنعامِ وَإنْ عُلِمَ المالِكُ.

وَلو دَفَعَ إليهِ مالاً لِيَصْرِفَهُ في قَبيلٍ وهُوَ مِنْهم، فَإنْ عَيَّنَ لم يَجُزِ التَخَطّي، وَإلّا جازَ أنْ يَأخُذَ مِثْلَ غَيْرِهِ لا أزْيَدَ.

المطلبُ الثاني في آدابها

يُستحبُّ التَفقُّهُ، والتسويةُ بَيْنَ المُبتاعِين، وإقالةُ النادمِ، والشهادتانِ، والتكبيرُ عندَ الشِراءِ، وقبضُ الناقصِ، وإعطاءُ الراجحِ.

ويُكرَه مدحُ البائعِ، وذَمُّ المشتَري، واليَمينُ عليه، والبيعُ في المظلمةِ، والرِبحُ على المؤمنِ إلّا مَعَ الحاجةِ والمَوْعودِ بالإحسانِ، والسَوْمُ بينَ طلوعِ الفجرِ وطلوعِ الشمسِ، والدخولُ إلى السوقِ أوّلاً، ومعامَلةُ الأدْنين، وذَوِي العاهاتِ والأكرادِ، والاستحطاطُ بعدَ العقدِ، والزِيادةُ وقتَ النداءِ، والتعرُّضُ للكَيْلِ والوزنِ إذا لم يحْسِنْ، والدخولُ على سَوْمِ المؤمنِ، وأنْ يَتوكَّلَ حاضرٌ لِبادٍ، والتَلقّي - وَحَدُّهُ أربعةُ فراسِخَ مع القصدِ، ولا خيارَ للبائعِ بدونِ الغبنِ - والنَجْشُ وهو الزِيادةُ لِمَنْ واطَأه البائعُ.

المقصدُ الثاني في أركانها

وهيَ ثلاثةٌ:

[الركنُ] الأوّلُ: العقدُ

وهو الإيجابُ كَـ«بِعْتُ» والقبولُ كَـ«اشتريتُ» ولا يَنْعَقِدُ بِدونِه وإنْ حصلتْ أمارَةُ الرِضى، في الجَليلِ والحقيرِ، ولو تَعَذَّرَ النطقُ كَفَتِ الإشارةُ، ولا يَنعقِدُ إلّا بلفظِ الماضي ●. وفي اشتراطِ تقديمِ الإيجابِ نَظرٌ،

قوله: «وفي اشتراطِ تقديم الإيجاب نظرٌ».

أقول: هل يُشترَطُ في صحّةِ البيع تقديمُ الإيجاب على القبول؟ فيه نظرٌ، يَنْشأ من النظر إلى أنّ الأصلَ بقاءُ المِلك إلّا بسببٍ شرعيٍ، ولم يتحقّق كونُ العقدِ الذي تقدَّم فيه القبولُ على الإيجاب شرعيّاً؛ فيبقى على أصله. وهو مذهبُ الشيخ في المبسوطِ [1] والخلافِ [2] وابنِ حمزةَ [3] وابن إدريسَ [4]، والمصنِّفِ في المختلفِ [5]. واستَدلَّ عليه في الخلاف بالإجماع، وعدمِ الدليل على خلافه [6].

والالتفات إلى أصالة الجواز؛ ولأنّه عقدٌ فيجبُ الوفاء به؛ ولتساويهما في كون كلّ منهما يَنقُل ملكَه إلى الآخر، فإذا جاز للبائع التقدُّمُ جاز للمشتَري؛ ولأنّ المعتبَر في نقل المِلكِ هو

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٨٧.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٣٩، المسألة ٥٦.

٣. الوسيلة، ص ٢٣٧.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٢٤٣ و ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

٥. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٨٤، المسألة ٤٥.

٦. الخلاف، ج ٣، ص ٤٠، المسألة ٥٦.

● ولا يَنْعقِدُ بالكنايةِ كالخُلعِ والكتابةِ والإجارةِ.

الرضى من المتبايعين، والألفاظُ دالَّةٌ عليه فلاعبرة بالترتيب؛ ولأنّه يجوز تقديمُ القبول في النكاحِ فكذا في البيعِ، وهذا مذهبُ ابن البرّاج [١]، واختاره نجمُ الدين [٢]، وأجابَ المصنِّفُ في المختلفِ عن التمثيلِ بالنكاح: بالفرقِ، بالحياء من المرأة، فلا يُسَهِّلُ تقديمَ الإيجاب، وعن الرضى، بأنّه غيرُ كافٍ حتّى يحصل اللفظُ [٣]. فَلِمَ قُلتم: إنّ هذا اللفظَ صالحٌ؟!

تنبيه: كلامُ الشيخ يُشعِرُ بأنّه لو قدّم القبولَ فاتَّبَعَه البائعُ بالإيجابِ، ثمّ أعاد المشتَري القبولَ، أنّه يصحُّ [٤]، فإنْ أراد به مع ذكرِ الثمنِ في صُلبِ العَقدِ فَمُسَلَّمٌ وإلاّ فهو ممنوعٌ؛ إذ ذِكرهُ في القبولِ المقدَّم لا أثر له.

قوله ﷺ: «ولا يَنْعقِدُ بالكناية كالخُلعِ والكتابةِ والإجارةِ».

أقول: يُريدُ أنّ البَيعَ لا يَنْعقِدُ بالكناية عنه بغير اللفظ المتَّفق عليه، كـ«بِعتُ» و«مَلَّكتُ» وشِبْهِهِما. ومِثالُ الكناية أن يقول: «أدخلتُه في مِلكِكَ بكذا»، أو «جعلتُهُ لكَ بكذا»، أو «خُذْهُ بكذا»، أو «سلَّطتُك عليه»، أو «أعطيتُكَ إيّاه بكذا»، فيقول المشتَري: «أخذتُ» أو «أمضيتُ» أو «تسلَّطتُ». واحتجَّ عليه المصنِّفُ بأصالة بقاءِ الملكِ؛ وبأنّ المخاطَبَ لا يدري بِمَ خُوطِبَ [٥].

وقول المصنِّفِ: «كالخُلعِ والكتابةِ والإجارةِ»، إشارةٌ إلى ما احتجَّ به الشافعي من وقوع

---

١. حكاه عنه العلاّمة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٨٤، المسألة ٤٥؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٢. ولم نجده في كتابيه المهذّب وجواهر الفقه.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٧: هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردّدٌ؛ والأشبه عدم الاشتراط.

٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٨٥، المسألة ٤٥.

٤. المبسوط، ج ٢، ص ٨٧: فأمّا البيع فإنْ تقدّم الإيجاب فقال: «بعتك»، فقال: «قبلت» صحّ بلا خلافٍ. وإن تقدّم القبول، فقال: «بعنيه بألفٍ»، فقال: «بعتك»، صحّ، والأقوى عندي أنّه لايصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت»؛ وهكذا في الخلاف، ج ٣، ص ٣٩، المسألة ٥٦.

٥. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٩، المسألة ٢: فلا يكفي الإشارة إلاّ مع العجز للأصل... وللشافعيّة وجهان، التصريح فلايقع بالكناية مع النيّة مثل أدخلته في ملكك أوجعلته لك أوخذه منّي بكذا أو سلّطتك...؛ لأنّ المخاطب لايدري بِمَ خوطب، وأصحّ وجهي الشافعيّة الوقوع قياساً على الخلع.

● وكُلُّ مايُذكَرُ في متنِ العقدِ مِنَ الشروطِ السائغةِ كَقصارةِ الثَوبِ لازمٌ ما لم يُؤدِّ إلى جَهالةٍ في أحدِ العِوَضينِ، ولو فَسَدَ الشرطُ فَسَدَ العقدُ، ولو شَرَطَ ما

البَيعِ بالكناية، بالقياسِ على الخلعِ والكتابةِ والإجارةِ، فإنّها تقعُ بالكناية. ولَمّا كان الأصلُ عندنا ممنوعاً، مَثَّل به المصنِّفُ، وقابل كلام الشافعي فإنّه قال: ينعقدُ بالكنايةِ كالخُلع[1]. فقال المصنِّفُ: لا ينعقدُ بها كالخُلعِ. وفيه لطيفةٌ، وهي أنّا لو قلنا بالقياسِ لأمكننا الدَلالة على عدم الصحّةِ بالكناية، قياساً على الخُلع، وتضمَّن ذلك الردَّ على الشافعي، وهذا من أحسنِ الكلام وأوجَزِهِ. هكذا قرَّر المصنِّفُ أصلَ المسألة في التذكرة[2]. فعلى هذا «الكاف» لتشبيه البَيعِ بغير المنعقد، أي لا ينعقدُ البَيعُ كما لا ينعقدُ الخُلع.

ويُحتَمَلُ أنْ يكونَ لتشبيهِ الكناية، فيكون مثال الكناية عن البَيعِ «خالعتُكَ على هذا» أو «كاتبتُكَ عليه»، أو «آجرتُكَ إيّاهُ بكذا» ويقصد معنى البَيعِ.

ووجه بُطلانهِ مخالفتُه لِما جَعَلَه الشارعُ سبباً، ولم يثبُتْ سببيّتُهُ فيبقى المِلكُ على أصله.

قوله: «وكُلُّ ما يُذكَرُ في متنِ العقدِ من الشروطِ السائغةِ كقَصارةِ الثوبِ لازمٌ مالم يؤدِّ إلى جَهالةٍ في أحدِ العوضينِ».

أقول: قد تُشتَبَهُ على المُبتدئ هنا حقيقةُ الشرطِ الذي يُؤدّي إلى جَهالة أحدِ العوضينِ، فنقول: أمّا ما يؤدّي إلى جَهالة المبيعِ فكَأنْ يشترطَ البائعُ الانتفاعَ به إلى أيِّ وقتٍ شاء، أو يَشتَرِطَ المشتَري حَلْبَ الشاة كلَّ يومٍ قدراً معيّناً، أو يشترط إدرارَ مؤونتهِ من المبيع، وأشباهُ ذلك ممّا لا يُحصى.

وأمّا ما يؤدّي إلى جَهالة الثمنِ فهو قريبٌ ممّا مثَّلناهُ كأنْ يَشتَرِط الانتفاعَ بالثمنِ أيضاً إلى مدّةٍ مجهولةٍ، أو تسليمه في وقتٍ مجهولٍ، أو يَشتَرِطَ كونَه ممّا يَتجدَّدُ من النقد ونظائرِه.

---

١. المجموع شرح المهذّب، ج ٩، ص ١٦٦.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٩، المسألة ٢.

لا يدخُلُ تحتَ القُدرةِ كَجَعْلِ الزرعِ سُنبلاً بَطَلَ، ● ولو شَرَطَ عِتْقَ العبدِ لَزِمَ معه، ولو لم يُعْتِقْ تَخَيّرَ البائعُ في الفسخِ وإنْ ماتَ العبدُ، ولو شَرَطَ قرضاً أو أجلاً مُعيّناً أو ضَميناً صَحّ.

قوله ﷺ: «ولو شرط عتقَ العبد لَزِمَ معه، ولو لم يُعتق تخيَّر البائعُ في الفَسخِ وإنْ مات العبدُ».

أقول: هذا اشتراطٌ لما بُني على التغليبِ والسرايةِ، أعني العتقَ، وهو شرطٌ سائغٌ إجماعاً، فإذا أعتق المشتري يلزم البَيعُ، فَفاعلُ لَزِمَ في قوله: «لَزِمَ معه» هو ضمير البَيعِ والضمير في قوله: «معه» يرجع إلى «العتقِ»، فالتقديرُ لزم البَيعُ مع العتقِ، فلو لم يُعْتِقِ المشتَريُ تخيَّر البائعُ في الفسخِ والإمضاء قضيّةً للشرط.

ويُحتَملُ إجبارُ المشتَري على العتق؛ لأنّه عتقٌ مستحقٌّ بالشرطِ، فإنْ فسخ أخذ عِينهُ مع بقائه، ومع تلفه يأخذ القِيمَةَ يومَ تَلَفِهِ؛ لأنّ به يتعيّن الرجوعُ إلى القِيمَةِ.

ويُحتَملُ يومَ قَبْضه؛ لأنّه وقت دُخوله في ضَمانِهِ.

ويُحتَملُ الأعلى؛ لأنّ الرجوعَ عند الفسخِ في العَينِ أو قِيمَتِها شاملٌ لجميع الأحوالِ التي من جُملَتِها وقتُ الزيادة.

ثمّ المُقوَّمُ هل هو عبدٌ واجبُ العتق أو مجرّد؟ يُحتَملُ الأوّل؛ لأنّه التقدير، والثاني؛ لأنّ الشرطَ لم يَحْصل، فهو كلاشرطٍ؛ وللزوم الرجوع مع بقائه؛ إذ لا يُؤثّر موته في الرجوع، لبقاء القِيمةِ مع الموت؛ ولأنّه لو رجع بقيمَةِ المشروطِ لم يُفد الفسخَ غالباً.

ويُحتملُ جوازُ رجوعه في صورة موتهِ بما يقتضيه شرطُ العتقِ، ولا يكون له الفسخ. وقد حكاهُ الشيخُ في المبسوطِ قولاً وقوّى الأوّل[1]. وفي تصويره وجهانِ:

الأوّلُ: أنْ يرجِعَ بالتفاوتِ بين القيمتَينِ كائناً ماكان.

الثاني: أنْ يَنظُرَ كَمْ قِيمَتُه لو بِيعَ مطلقاً؟ فلتكن مائةً، وكَمْ قيمَتُه بشرطِ العتقِ؟ فلتكن

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ١٥١.

الركنُ الثاني: المتعاقدانِ

ويُشْتَرطُ صدورُه مِن بالغٍ عاقلٍ مختارٍ مالكٍ أو مأذونٍ لَه. فلو باعَ الطفلُ، أو المجنونُ، أو المُغْمى عليهِ، أو السَكرانُ وإنْ أُذِنَ لهم، أوالمُكرَهُ لم يَصِحَّ ولو أجازوا بعدَ الكمالِ، إلّا المكرهَ.

ولو باعَ المملوكُ بغَيْرِ إذنِ مَوْلاهُ لم يصحَّ، ولو اشْتَرى نفسَهُ من مولاهُ لغيره صَحَّ.

ولِلمالكِ أنْ يَبيعَ بنفسِه و بوكيلِهِ.

وللأبِ و الجدِّ له و الحاكمِ وأمينِه والوصيِّ البيعُ عَنِ الطفلِ و المجنونِ مَعَ المصلَحةِ.

ولو باعَ الفضولي وَقَفَ على الإجازةِ، فَيَبطُلُ لو فَسَخَ، ولا يكفي الحضورُ ساكِتاً فيه.

وللحاكِمِ البيعُ على السفيهِ والمفلَّسِ والغائبِ.

ويُشْترطُ كونُ المشتَري لِلمُسلمِ والمُصحَفِ ـ إلّا فيمَنْ يَنْعَتِقُ بملكِهِ ـ مُسلِماً.

ثمانينَ، فزيادةُ المائةِ على الثمانينَ رُبع الثمانين، فيزادُ على ما وقعَ عليه العقد فيرجع البائع على المشتَري بقدرِ رُبعِ ما وقع عليه العقد، وكلام المبسوط يَحتَمِلُ الأمرينِ.

واختار المصنِّفُ في القواعد الأخير [١]، وجعله في التحريرِ احتمالاً واحتمل فيه وجهاً آخرَ وهو الالتزامُ بالثمنِ ولا فسخ [٢]. وهو ضعيفٌ؛ وإلّا لانتفت فائدةُ الشرط. والرجوعُ بما يقتضيه شرطُ العتق مشكلٌ، وإلّا فيطَّرِدُ في كُلِّ شرطٍ فيثبت مع التدليسِ، وهم نصّوا على أن لا أرشَ في التدليس.

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٩١ ـ ٩٢.

٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٥٥، الرقم ٣٣٢٧.

ولو باع المملوكَ له ولغيرِه، فإنْ أجازَ المالكُ صَحَّ، وإلّا بَطَلَ فيما لا يَمْلِكُ، ويُقَسَّطُ المُسمّى عَلى القيمتَينِ، ويَتخَيّرُ المشتَري في الفسخِ.

ولو ضَمَّهُ إلى غيرِ المَملوكِ كالخمرِ والخنزيرِ والحُرِّ قُوِّمَ عند مُستَحِلّيه، أو على تقديرِ العُبوديّةِ ويُقَسَّطُ المُسمّى على القيمتَينِ، ولو عَلِمَ المُشتَري في الموضعَينِ فلا خيارَ.

ولو باع غيرَ المملوكِ ورَجَعَ المالكُ في العينِ، رَجَعَ المشتَري على البائعِ بالثمنِ، وبما غَرِمَهُ ممّا لم يَحْصُلْ له في مُقابَلَتِه نفعٌ، كالنفقةِ وقيمةِ الولدِ والعِمارَةِ، مع الجهلِ بالغصبِ لا مع العلمِ ● وهل يَرْجِعُ بِما حَصَلَ في مقابَلَتِه نفعٌ، كالسُّكنى والثَّمَرةِ واللَّبنِ وشبهِهِ؟ قولانِ.

ويَجوزُ أنْ يَتولّى الوَليُّ طَرَفَي العقدِ.

قوله ﷺ: «وهل يَرجِعُ بما حَصَلَ في مقابَلَتِه نفعٌ كالسُّكنى والثَّمَرةِ واللَّبَنِ وشِبهِه؟ قولانِ».

أقول: ذهب الشيخ إلى عَدَمِ الرجوع [1]، وهو اختيارُ ابن إدريسَ [2]؛ لحصولِ نفعٍ في مقابَلته مع مباشرته للإتلافِ، وذهب شَيخُنا نجمُ الدين في كتابِ التجارة من الشرائع [3] والنافعِ إلى الرجوع [4]، ويلوح ذلك من كلام ابن حمزةَ حيثُ أطلق الرجوعَ بما غرمه المالكُ [5]؛ لأنّه مغرورٌ فالضَمان على الغارّ، كما لو قُدِّمَ إليه طعامُ الغَيرِ فأكله جاهلاً، ورجع المالكُ على الآكل، فإنّه يَرجِعُ على الغارّ.

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٧١.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٤٩٣.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨.

٤. المختصر النافع، ص ٣٦٩، في كتاب الغصب: وفي الرجوع بما يضمن من المنافع كعوض الثمرة وأُجرة السكنى تردّدٌ.

٥. الوسيلة، ص ٢٥٥.

الركنُ الثالثُ: العوضانِ

وفيه قطبانِ:

[القطبُ] الأوّلُ في الشرائط

يجبُ كونُهما مَمْلُوكَيْنِ، فلا يصحُّ بَيعُ الحُرِّ والخَنافِسِ وشِبهِهما، والحَشَراتِ والفَضَلاتِ، وما لا يُنْتَفَعُ به لِقِلَّتِهِ كالحَبّةِ مِنَ الحِنْطَةِ، والمشتَرَكِ بينَ المسلمينَ قبلَ الحِيازَةِ كالماءِ والوُحوشِ وأرضِ الخَراجِ.

وتماميّةُ الملكِ ● فلا يَصحُّ بَيعُ الوقفِ إلّا أنْ يَخرَبَ ويُؤدّيَ إلى الخُلْفِ بينَ أربابِهِ على رأيٍ؛ ولا بيعُ أُمِّ الوَلَدِ مادامَ حيّاً إلّا في ثَمَنِ رَقَبَتِها مع إعسارِ مولاها به؛ ولا الرَّهْنِ إلّا بإذنِ المرتهِنِ.

قوله ﷺ: «فلا يَصحُّ بَيعُ الوقفِ إلّا أنْ يَخرَبَ، ويؤدّيَ إلى الخُلفِ بين أربابه على رأي».

أقول: عبارة الأصحاب هنا مشكلةٌ، قال الصدوق ﷺ: يجوزُ بَيعُ الوقف على قومٍ دون عَقِبِهِمْ ولا يجوز بَيعُ المؤبَّد [1].

وقال المفيدُ ﷺ:

> يجوز بَيعُ الوقفِ إذا خَرِبَ ولم يوجد له عامرٌ، أو يكون غير مُجدٍ نفعاً، أو اضطرَّ الموقوف عليه إلى ثمنه، أو كان بَيعهُ أعود عليهم، أو يحدثون ما يمنعُ الشرع من معونتهم والتقرّب إلى اللهِ بِصِلَتِهم [2].

فهذه خمسةٌ مجوِّزةٌ للبَيعِ، ليس بعضها مشروطاً ببعضٍ.

وقال الشيخ في المبسوط: يجوز إذا خيف خرابُهُ، أو خيف خُلفٌ بين أربابه [3]، فجوَّزَهُ في

---

١. الفقيه، ج ٤، ص ٢٤١، ذيل الحديث ٥٥٧٨.

٢. المقنعة، ص ٦٥٢.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٣٠٠.

وتجبُ القُدرةُ على التّسليمِ، فلا يَصحُّ بيعُ الآبقِ مُنْفرِداً ويَصحُّ مُنْضَمّاً؛ ولو ضُمَّ

أحد الأمرين. وفي الخلاف ظاهر كلامه جوازه عند خرابه بحيث لا يُرجى عـودُه[١]. فـقد خالف عبارةَ المبسوط في شيئين:

الأوّل: أنّه ذكر هناك خوفَ الخَراب، وهنا تحقيقَ الخَرابِ.

الثاني: أنّه لم يذكر الخُلفَ بين أربابه في الخلاف. وقال في النهاية: لا يُباع إلّا عـند خوفِ هَلاكه أو فَساده، أو كان بالموقوف عليهم حاجةٌ ضروريّةٌ يكون معها بَيعُه أصلح، أو يخاف خُلفٌ يؤدّي إلى فَسادٍ بينهم[٢]. فهذه أربعةٌ، بعضُها غيرُ مشروطٍ بـبعضٍ، ومـخالفتُها لعبارَتَي الكتابَينِ ظاهرةٌ؛ وتَبِعهُ صاحبُ الجامع إلّا أنّه لم يذكر هلاكَه أو فَسادَه بل قال: عند خوفِ خَرابِه، وقَيّد الفَسادَ بينهم بأنْ تُجْتاحَ[٣] فيه الأنفس[٤].

وقال المرتضى: يجوز إذا كان لخَرابه بحيث لا يُجدي نفعاً أو تـدعو المـوقوفَ عـليهم ضرورةٌ شديدة[٥]. فقد وافق المفيدﷺ[٦] خُمسي الموافقة.

وقال ابنُ البرّاج[٧] وأبو الصلاح: لا يجوز بيعُ المؤبّد[٨]، وأمّا المنقطع فيجوز بقيود النهاية. وتَجويزُ بَيعِ المنقطع أشدُّ إشكالاً من الكُلّ.

وقال سلّارُ:

فإنْ تغيّرَ الحالُ في الوقف حتّى لا يُنتفعَ به على أيِّ وجهٍ كان، أو يلحق الموقوف عليه حاجةٌ شديدة جاز بَيعه[٩].

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ٥٥١، المسألة ٢٢.

٢. النهاية، ص ٥٩٩ ـ ٦٠٠.

٣. قال في لسان العرب، ج ٢، ص ٤٣١، «جوح»: الجَوْحُ: الاستئصال، من الاجْتِياح؛ وفي الصحاح، ج ١، ص ٣٦٠: الجَوحُ: الاستئصال، جُحْتُ الشّيءَ أجُوحُه، ومنه الجائحةُ وهي الشدّةُ التي تجتاح المال من سَنَةٍ أو فِتنةٍ.

٤. الجامع للشرائع، ص ٣٧٢.

٥. الانتصار، ص ٤٦٨ ـ ٤٦٩، المسألة ٢٦٤.

٦. المقنعة، ص ٦٥٢.

٧. المهذّب، ج ٢، ص ٩٢.

٨. الكافي في الفقه، ص ٣٢٥.

٩. المراسم، ص ١٩٧.

إلى مايَصِحُّ بيعهُ وتَعَذَّرَ القبضُ لم يَرجِعْ على البائع وكان الثمن في مُقابَلَةِ

وابنُ حمزةَ في كتابَيه جوَّزهُ عند الخوف من خرابه أو الحاجةِ الشديدةِ التي لا يمكنُه معها القيامُ به [١].

والشيخُ نجمُ الدين في التجارة من الشرائع يُجَوِّزُ إذا أدّى بقاؤه إلى خرابه لخُلفٍ بين أربابه ويكون البَيعُ أعودَ [٢]. وفي كتاب الوقف يجوز بَيعهُ إذا خُشي خرابُه لِخُلفِ أربابه، ولم يقيِّد بكون البَيع أعودَ، ثمّ استشكلَ فيما إذا لم يقع خُلفٌ ولا خشي خرابٌ بل البَيعُ أعود، واختار المنع [٣]. ففي ظاهر كلامه الأخير رجوعٌ عن الأوّل، وفي تقييده بقوله: «إذا لم يقع خُلفٌ ولا خشي خرابٌ» إفهامُ جوازِ بيعه عند أحدِهما أيّاً ما كان، وهو مخالفٌ لما ذكر في الموضعينِ [٤]. وعبارتُه هذه في المواضع الثلاثة اختارها المصنِّفُ في القواعد [٥] في هذه المواضع أيضاً فلزمه ما لزمه. وفي النافع أطلق المنعَ من البَيعِ إلّا أنْ يقعَ خُلفٌ يؤدّي إلى فَسادٍ فإنّه تردَّد فيه [٦].

وقال المصنِّفُ ﷺ في متاجر التحرير: يجوز بَيعهُ إذا أدّى بقاؤه إلى خَرابه، وكذا إذا خُشي وقوع فتنةٍ بين أربابه على خلافٍ [٧]. وفي مقصد الوقف منه:

> لو وقع خُلفٌ بين أرباب الوقف بحيث يُخشى خرابُه جاز بَيعُه على ما رواهُ أصحابُنا ـ ثمّ قال: ـ ولو قيل بجوازِ البَيعِ إذا ذهبت منافعُه بالكلّيّة كدارٍ انهدمت وعادت مواتاً ولم يَتمكّنْ من عمارتها، ويُشتري بثمنهِ وقفٌ كان وجهاً [٨].

---

١. الوسيلة، ص ٣٧٠؛ والواسطة فُقِدَتْ ولم يصل إلينا، ولمزيد التوضيح راجع ج ١، ص ٥٣، الهامش ٥.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١١.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٤، حيث قال: ولو لم يقع خلفٌ ولا خشي خرابه بل كان البيع أنفع لهم قيل: يجوز بيعه والوجه المنع.

٤. أي في كتاب التجارة والوقف من الشرائع.

٥. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٣ و ٣٩٥.

٦. المختصر النافع، ص ٢٥٨.

٧. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٢٧٩، الرقم ٣٠٨٠.

٨. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣١٦، الرقم ٤٧٠٢.

الضَميمَةِ. ويَصحُّ بيعُ الطائرِ إذا اعتِيدَ عَوْدُهُ، والسَمكِ في المِياهِ المحصورةِ.

وفي التلخيص: يجوز عند وقوع الخُلفِ الموجب للخرابِ وبدونه لا يجوز [١]. وجوَّزَ في القواعد بَيعَ حصير المسجد إذا خلق وخرج عن الانتفاع به فيه، وبَيعَ الجِذْع [٢] غير المنتفع به إلّا في الإحراق [٣]. هذه عبارات مُعظَم المجوِّزين.

وابنُ الجُنَيْد أطلقَ المنعَ [٤]، ونصَّ ابنُ إدريسَ على إطلاق المنع [٥]، وزعم الإجماعَ على تحريم بَيع المؤبّدِ. والمصنِّفُ في هذا الموضع من الإرشاد قَيَّد البَيعَ بـالخراب، وأدائـهِ إلى الخُلفِ بين أربابه، فخالف عباراتِ الأصحاب في الخَرابِ المُحقَّقِ المُقَيَّدِ بأدائه إلى الخُلفِ بين الأرباب، وفي الوقف من هذا الكتاب تَبِعَ الوقفَ من الشرائع [٦] والقواعد [٧]، وجـوَّز فـيه شَرطَ البَيعِ عند ضرورةِ الخَراجِ والمُؤَنِ، وشِراءِ غَيره بثمنه [٨]. وفي المختلف:

> يجوز بَيعهُ مع خَرابه وعدمِ التمكّن من عِمارتِهِ، أو مع خوفِ فِتنةٍ بين أربابه يحصل فيها فسادٌ لا يُستَدركُ مع بقائه [٩].

والذي عندي فيه أنّ هذه العباراتِ على اضطرابِها مأخذُها ـ واللـهُ أعْـلَمُ ـ صـحيحة عليّ بن مهزيار، قال: كتَبتُ إلى أبي جعفر ﷺ أنّ فلاناً ابتاع ضيعةً فَوَقفها وجـعل لك مـن الوقف الخُمسَ، وسألَ عن رأيكَ في بَيعِ حِصَّتِكَ أو تقويمِها على نفسه بما اشتراها، أو يَدَعها موقَفةً؟ فكتب ﷺ إليَّ: «أعلِمْ فلاناً أنّي آمرهُ ببيعِ حقّي من الضيعةِ، وإيصالِ ثمنِ ذلك إليَّ، وأنّ ذلك رأيي إنْ شاء اللهُ، أو تقويمِها إنْ كان ذلك أرفَقَ له».

---

١. تلخيص المرام، ص ١٥٢.

٢. الجِذْع: واحد جُذوع النخلة وقيل: هو ساق النخلة والجمع أجذاع وجذوع. لسان العرب، ج ٨، ص ٤٥، «جذع».

٣. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٠١.

٤. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٥١، المسألة ٢٥٥.

٥. السرائر، ج ٣، ص ١٥٣.

٦. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٤.

٧. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٩٥.

٨. إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٥٥.

٩. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٥١، المسألة ٢٥.

ويجبُ كَونُهما مَعْلُومَيْنِ، فلو باعَهُ بِحكمِ أحدِهما أو بِقُبْضَةٍ مِنْ فِضّةٍ أو بِـقُبَّةٍ

وكتبتُ إليه أنّ الرجل كتب: أنّ بين من وُقِفَ بقيّةُ هذه الضيعة عليهم اختلافاً شديداً وأنّه ليس يأمن أنْ يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإنْ كان يرى أنْ يَبيعَ هذا الوقفَ ويدفعَ إلى كُلّ انسانٍ حقَّه منهم ما كانَ وُقِفَ له من ذلك أمرته؟ فكتب إليّ بخطّه: «واعلَمْ أنّ رأيي أنّه إنْ كان قد علم الاختلافَ ما بين أصحاب الوقف، أنّ بَيعَ الوقف أمثل، فإنّه ربما جاء في الاختلافِ تلفُ الأموالِ والنفوسِ»[1]. والذي جوّز في غيرالمؤبّد نَظَر إلى صدر الرواية، والآخَرُ نَظَر إلى عَجُزِها.

قلت: لو سُلِّمَت المكاتبةُ فلا دَلالة في الصدر؛ إذ الوقفُ مشروطٌ بالقبول إذا كان على غير الجهات العامّة، ولم يُنقَل أنّ الإمام عليه السلام قَبِلَ الوقفَ وإنّما قَبِلَ الجُعلَ وأمر ببَيعِهِ، وحمْلُهُ على هذا أولى، لموافقةِ الظاهر. وأمّا العَجُزُ فَدَلَّ على جَواز البَيع؛ لخوف الفَساد بالاختلاف من غير تقييدٍ بخوفِ خَرابِهِ فيبقى باقي ماذكروهُ من القُيودِ غيرَ مدلولٍ عليه منها، وإنْ كان في قوله عليه السلام: «فإنّه ربما جاء في الاختلافِ تلفُ الأموال»، إشمامٌ بأدائه إلى خراب الوقف، فإنّه مدفوعٌ؛ بأنّهم شرطوا أنْ يكون الخُلف مؤدّياً إلى الخراب، وهنا جعله عُرضَةً لا أنّه شرطٌ في صحّةِ البَيعِ.

وأمّا الذاكرونَ الحاجة فيمكنُ تعويلهم على ما رواهُ جعفرُ بنُ حَيّان قال: سألتُ أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ وَقَفَ غلّةً له على قَرابته من أبيه وقرابته من أُمّه، فللورثة أنْ يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم مايُخْرِجُ من الغَلّة؟ قال: «نعم، إذا رضوا كُلُّهم وكان البَيعُ خيراً لهم باعوا»[2]. قلت: المرادُ بـ«الغَلّةِ» هنا أرضُ الغَلّة، فحُذفَ المضافُ للعلم به، وهذه تتضمَّن قيدَ كونِ البَيع أعودَ من الحاجة. قال في المختلف: ومفهومُها عدمُ

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٦، باب ما يجوز من الوقف ...، ح ٣٠؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٤٠ ـ ٢٤١، ح ٥٥٧٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣٠، ح ٥٥٧؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٩٨، ح ٣٨١. وفي الكافي والاستبصار: «أوفق له»، وفي الفقيه: «أرفق به».

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٥، باب مايجوز من الوقف ...، ح ٢٩؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣، ح ٥٥٨٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣٣، ح ٥٦٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٩٩، ح ٣٨٢. وفي غير الكافي من المصادر: «جعفر بن حنّان».

مِنْ طَعامٍ غيرِ معلومِ القدرِ بَطَلَ. ولو باع المكِيلَ والموزونَ والمعْدودَ جزافاً كالصُبْرَةِ بطل وإنْ شُوهِدَ.

التأبيد [١]. وفي الاستبصار، ظاهره اختيار العمل بمضمون هاتينِ الروايتينِ [٢]. وإنْ كان قد صدَّرَ البابَ بعدم جواز بَيع الوقفِ، فإنّه حَمَلَ الحديثَ الواردَ بعدمِ الجوازِ على عدمِ حصول الشرطِ الذي تَضمَّنتْه الروايتانِ، أو على أنّ البائعَ للوقفِ غيرُ الموقوف عليه [٣].

واحتجَّ المانعُ مطلقاً تارةً بالإجماع، وآوِنةً [٤] بما كتبهُ أميرُ المؤمنين ﷺ في وقفِهِ، وصورتُهُ: «بسم اللهِ الرحمنِ الرحيمِ هذا ما تصدَّقَ به عليُّ بن أبي طالبٍ وهو حَيٌّ سَويٌّ، تصدَّق بدارِهِ التي في بني زُرَيقٍ، صدقةً لا تُباعُ ولا تُوهَبُ حتّى يرثَها اللهُ الذي يَرِثُ السمواتِ والأرضَ، وأسكنَ هذه الصدقةَ فُلاناً ما عاشَ، وعاشَ عَقِبُهُ فإذا انقرضوا فهي لذوي الحاجَة من المسلمين». رواهُ رِبْعِيُّ بن عبدِاللهِ عن أبي عبدِاللهِ ﷺ [٥]. وروى عَجلانُ بنُ صالحٍ [٦]، وعبدُ الرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله ﷺ أيضاً أنّه أملى مثله [٧].

وأُخرى بما رواهُ أبو عليّ بن راشدٍ قال: سألتُ أبا الحسن ﷺ، قلتُ: جُعلتُ فداك اشتريتُ أرضاً إلى جَنبِ ضَيعتي فلمّا وَفَّرتُ المالَ خُبِّرتُ أنّ الأرضَ وَقفٌ فقال: «لا يجوز

---

١. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٥٣، المسألة ٢٥.

٢. يعني صحيحة عليّ بن مهزيار ومارواه جعفر بن حيّان.

٣. الاستبصار، ج ٤، ص ٩٩، ذيل الحديث ٣٨١.

٤. وجمع الأوان آونةٌ مثل زمان وأزمنة... وقيل: إنّ آونةَ جمعُ أوانٍ وهو الحين والزمان. لسان العرب، ج ١٣، ص ٤٠، «أون».

٥. الفقيه، ج ٤، ص ٢٤٨، ح ٥٥٩١؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣١، ح ٥٦٠؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٩٨، ح ٣٨٠.

٦. الكافي، ج ٧، ص ٣٩، باب مايجوز من الوقف...، ح ٤٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣١، ح ٥٥٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٩٧، ح ٣٧٨.

٧. الكافي، ج ٧، ص ٣٩، باب مايجوز من الوقف...، ح ٤٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣١، ح ٥٥٩؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٩٨، ح ٣٧٩.

ويَفتقِرُ مايُرادُ منهُ الطَعْمُ أو الرِيحُ إلى اختبارِه بالذَوْقِ والشَمِّ. ولو بيعَ بالوصفِ أو بغيرِ الوصفِ على أنّ الأصلَ الصحّةُ جاز. فإنْ خرجَ مَعِيباً تخَيَّرَ المشتَري بينَ الرَدِّ والأرشِ، ومع التَصرُّفِ الأرشُ خاصّةً. وكذا مايُؤَدّي اختبارُهُ إلى فَسادِهِ كالبِطِّيخِ، ولو لم يكنْ لِمَعِيبِه قِيمةٌ كالبَيْضِ بطل مع ظهورِ عَيْبِه. والأعمى كالمُبصِرِ.

وَيجوزُ ابْتياعُ جزءٍ مشاعٍ من معلومٍ بالنسبةِ كالنصفِ، اختلفتْ أجزاؤُه أو اتَّفقتْ؛ و ابتياعُ قدرٍ مُعيَّنٍ منَ المتساوِي كقَفِيزٍ منْ قُبَّةٍ وإنْ جُهِلَتْ، لامنَ المختَلِفِ كالذِراع منَ الثَوْب والجَريب منَ الأرض.

وتجبُ المشاهَدَةُ أو الوصفُ الرافعُ للجَهالَةِ، وتكفي مشاهَدَةُ الأرضِ والثَوْبِ عن المساحةِ. ولو باع بالوصفِ ثَبتَ للمشتَري الخيارُ مع التغيّرِ. فإنِ اخْتلَفا فيه قُدِّمَ قولُ المشتَري مع يمينِه.

ولو اسْتثنى شاةً منْ قَطيعٍ أو جَرِيباً من أرضٍ بطل البيعُ مع عدمِ تعيينِ المستثنى.

ولو تَعذَّرَ العَدُّ اعْتُبِرَ مِكيالٌ، وحُسِبَ الباقي عليه.

شِراءُ الوقوف، ولا تدخل الغَلّة في مالك، ادفعها إلى من وُقِفَتْ عليه» قلت: لا أعرفُ لها ربّاً، قال: «تصدَّق بغَلَّتِها»[1].

وهذا الحديث هو الذي صدَّر به الاستبصار[2]، ولك أنْ تقول مع سلامة سندِ ذلك ودَلالتِه فهو عامٌّ، وما تقدَّمَ خاصٌّ، فيبنى العامُّ عليه، والأجودُ العملُ بما تضمَّنه الحديثانِ السالفانِ أوّلاً[3].

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٧، باب مايجوز من الوقف ...، ح ٣٥؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٤٢، ح ٥٥٧٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣٠، ح ٥٥٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٩٧، ح ٣٧٧.

٢. الاستبصار، ج ٤، ص ٩٧، ح ٣٧٧.

٣. تقدّم تخريجهما في ص ٣٠، الهامش ١ و ٢.

● ولا يَجوزُ بَيعُ السمكِ في الآجامِ وإنْ ضُمَّ إليهِ القَصَبُ أو غيرُه على رأيٍ، ولا اللَّبَنِ في الضَرْعِ وإنْ ضُمَّ إليه ما حُلِبَ، ولا الجُلودِ على الظُهورِ، ولا الحَمْلِ، ولا ما يُلْقِحُ الفَحْلُ؛ وكذا كلُّ مجهولٍ مقصودٍ أُضيفَ إلى مثلِهِ أو معلومٍ.

قوله ﷺ: «ولا يجوز بَيعُ السمك في الآجام وإنْ ضُمَّ إليه القَصَبُ أو غيرُه على رأيٍ».

أقول: هذا مذهبُ ابن إدريسَ [1] ونجمِ الدين، للجَهالة [2].

وذهب الشيخ في النهاية [3] والقاضي ابنُ البرّاج [4] وابنُ حمزةَ إلى صحّة البَيعِ مع الانضمام إلى القَصَب [5]، وجعلهُ في المبسوطِ روايةً [6]. وهو إشارةٌ إلى روايةِ معاوية بن عمّارٍ عن أبي عبدالله ﷺ قال: «لا بأس أنْ تُشترى الآجامُ إذا كان فيها قَصَبٌ» [7].

والمصنِّفُ في المختلف ضَعَّفها، بأنّ في طريقِها الحسنُ بن سَماعة ـ قلتُ: قد وثّقهُ الكشّي [8]، وأثنى عليه الشَيخ [9] ـ ثمّ قال: ونقولُ بموجَبِها ونَحمِلُ البَيعَ على القَصَبِ المشاهَد [10].

قلت: الظاهر أنّه أراد به سَمَك الآجام؛ إذ ليس السؤالُ عن نفس الآجامِ، فلابُدَّ من إضمارٍ، إمّا السمكُ أو القَصَبُ، للاتّفاقِ على أنّ غيرَهما غيرُ مُرادٍ به، [و] لا جائزٌ أنْ يُضمَرَ القَصب وإلّا لم يكن في التقييد به في الجواب معنى.

وسياقُ الأحاديث يدلّ على أنّ المرادَ بـ«الأجَمَةِ» السمكُ، كما في رواية الحسن بن سَماعةَ عن بعض أصحابِنا عن زكريّا عن أبي بصيرٍ عن أبي عبدالله ﷺ في شراء الأجَمَةِ ليس فيها قَصَبٌ إنّما هي ماءٌ قال: «يصيد كفّاً من سمكٍ ويقول: أشتري منك هذا السمكَ

---

١. السرائر، ج ٢، ص ٣٢٣.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٣؛ المختصر النافع، ص ٢٠٠.

٣. النهاية، ص ٤٠١.

٤. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٧٥، المسألة ٢٤٥. ولم نجده في المهذّب وجواهر الفقه.

٥. الوسيلة، ص ٢٤٦.

٦. المبسوط، ج ٢، ص ١٥٧.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٦، ح ٥٥٠.

٨. اختيار معرفة الرجال، ص ٤٦٩، ح ٨٩٤.

٩. الفهرست، ص ١٣٣، الرقم ١٩٣.

١٠. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٧٦، المسألة ٢٤٥.

● ويجوز بيعُ الصُوفِ على ظَهْرِ الغَنَمِ على رأي، والمِسْكِ في فَأْرِهِ وإن لم يُفْتَق. والإندارُ للظروفِ مايُحتمل.

وما في هذه الأجَمَة بكذا»[١]. والمفهوم أنّه لو كان فيها قَصَبٌ لجاز. ويؤيّده رواية أحمدَ بنِ محمّدِ بنِ أبي نصرٍ عن بعضِ أصحابِهِ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا كانت أجَمَةٌ ليس فيها قَصَبٌ أُخرِجُ شَيءٌ من السمك فيُباعُ وما في الأجَمَةِ»[٢]، وهذه وإنْ كان في طريقها سَهْلُ بنُ زيادٍ، فاعتضادها واشتهارها مُرَجِّحٌ.

على أنّه قد ظهر أثرُ الانضمام في الآبق قطعاً، وفي اللبن مع المُحتَلَبِ في رواية سَماعة[٣]، وفي الحَمْلِ مضافاً إلى الصُوفِ في روايةِ إبراهيمَ الكرخي[٤]. وفي المختلف جوَّز الكُلَّ إذا كان المجهولُ تابعاً للمقصود[٥].

قوله رحمه الله: «ويجوز بَيعُ الصُوفِ على ظَهرِ الغنم على رأي».

أقول: هذا مذهبُ شَيخِنا المفيدِ[٦] وابن إدريسَ في باب الغَرر[٧]، واستحسنهُ المحقّقُ نجمُ الدين في النكتِ[٨]. وأنكرهُ الشيخُ[٩] وأتباعُهُ[١٠] وأبو الصلاح[١١] وابنُ إدريسَ

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٦، ح ٥٥١.

٢. الكافي، ج ٥، ص ١٩٤ ـ ١٩٥، باب بيع العدد والمجازفة والشيء المبهم، ح ١١؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٤، ح ٥٤٣.

٣. الكافي، ج ٥، ص ١٩٤، باب بيع العدد والمجازفة والشيء المبهم، ح ٦؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٢٤، ح ٣٨٣٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٣، ح ٥٣٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠٤، ح ٣٦٤.

٤. الكافي، ج ٥، ص ١٩٤، باب بيع العدد والمجازفة والشيء المبهم، ح ٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٣١، ح ٣٨٥٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٥، ح ١٩٦؛ وج ٧، ص ١٢٣، ح ٥٣٩.

٥. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٧١، المسألة ٢٤٠.

٦. المقنعة، ص ٦٠٩.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٣٢٢.

٨. نكت النهاية، ج ٢، ص ١٧٢.

٩. النهاية، ص ٤٠٠؛ الخلاف، ج ٣، ص ١٦٩، المسألة ٢٧٦؛ المبسوط، ج ٢، ص ١٥٨.

١٠. كالقاضي ابن البرّاج على ما حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٧١، المسألة ٢٤٠؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٢١٣؛ والفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٤٥١.

١١. الكافي في الفقه، ص ٣٥٦.

● والمقبوضُ بالسَوْمِ أو بالبَيْعِ الفـاسدِ مـضمونٌ عـلى المشـتَري، والزيـادةُ المتّصلةُ والمنفصلةُ للمالكِ، ولو كان بفعلِه شاركَهُ بِقَدرِها وإنْ لم تكنْ عَـيْناً، ولو نقص فعليه أرشُه، ولو تَلِفَ فالقيمةُ يومَ التلفِ على رأيٍ.

في السَلَمِ [1] ونجمُ الدينِ في الشرائعِ [2] والنافع [3]؛ لتحقُّقِ الغَرر؛ إذِ المُشاهَدَةُ لا تُعْطِي الكَمِّيَّةَ والغرض متعلِّق بها، واحتجَّ المصنِّفُ على مُختاره في المختلفِ أنّه مالم يُجزْ جارٍ مجرى الثمرة على الشجرة؛ ولأنّه يَصحُّ ضَمُّه إلى ما في بُطونها؛ لرواية إبراهيمَ الكَرْخي [4]، ولو كان مجهولاً لم يَصحّ [5].

قوله ﷺ: «والمقبوضُ بالسَوْمِ أو بالبَيعِ الفاسد مضمونٌ على المشتَري ـ إلى قوله ـ: ولو تَلِفَ فالقيمةُ يومَ التَلَفِ على رأيٍ».

أقول: نازع ابنُ إدريسَ في باب البَيعِ في ضَمانِ المقبوض بالسَومِ [6] ـ ووافـقه شـيخُنا المصنِّفُ في المختلفِ محتجّاً بالأصل؛ وبأنّ المُشتَري إنّـما أخـذهُ اخـتياراً لِـيَشتَرِيَهُ إنِ استَصلَحَ وإلّا ردَّهُ، فهو كالأمانة [7] ـ وزَعَمَ في باب الغَصبِ أنّه مضمونٌ [8]. وهو اختيار شَيخِنا في أكثر كُتُبه [9]، وأكثرِ الأصحاب [10]؛ لعموم قوله ﷺ: «على اليَدِ ما أخَذَتْ حتّى تؤدّي» [11].

---

١. السرائر، ج ٢، ص ٣١٦.
٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٣.
٣. المختصر النافع، ص ٢٠٠.
٤. تقدّم تخريجها في ص ٣٤، الهامش ٤.
٥. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٧١ ـ ٢٧٢، المسألة ٢٤٠.
٦. السرائر، ج ٢، ص ٨٦، في كتاب الوكالة، ولم نجده في باب البيع، قال في لسان العرب، ج ١٢، ص ٣١٠، «سوم»: السَوْمُ: عَرْضُ السِّلْعةِ على البيع.
٧. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٤٢، المسألة ٣١٦.
٨. السرائر، ج ٢، ص ٤٩١.
٩. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٧ (الطبعة الحجريّة)؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٥٢٦، الرقم ٦١٤٦؛ تلخيص المرام، ص ١٦٨.
١٠. كالشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٣؛ والمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٨٧.
١١. سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٩٦، ح ٣٥٦١؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٥٦٦، ح ١٢٦٦؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٨٠٢، ح ٢٤٠٠، وفيه: «حتّى تؤدّيه».

● ولو باعه بدينارٍ غيرِ درهمٍ نسيئةً أو نقداً مع جَهالةِ النسبةِ أو بما يتجدَّدُ من النقدِ بَطَلَ.

وأمّا الضَمانُ بالقيمةِ يومَ التَلَفِ؛ فلأنّ الواجبَ العينُ، وإنّما تَحقَّقَ الانتقالُ إلى القيمةِ بالتلف، وتفاوتُ الرَّغَباتِ خارجٌ عن عَينِ المغصوب، وهو مَذهبُ الشيخينِ [1] وأتباعِهما [2].

وخالف ابنُ إدريسَ في ذلك، وأوجب ضَمانَه بأعلى القِيَم من حين القبضِ إلى حين التَلَفِ [3]؛ لأنّه كالغاصِبِ المأخوذِ بأشقِّ الأحوالِ، ولأنّ العَين مضمونةٌ في جميع الأوقاتِ السالفةِ، وقد فوَّت ذلك على المالك.

قوله ﷺ: «ولو باعه بدينارٍ غيرِ درهمٍ نسيئةً أو نقداً مع جَهالة النسبة، أو بمايتجدَّدُ من النقدِ بَطَلَ».

أقول: أطلقَ الشيخُ [4] وابنُ البرّاج [5] وابنُ إدريسَ البطلانَ لو باعه بدينارٍ غيرِ درهمٍ [6]. وابنُ الجُنَيْدِ فصَّلَ في الحالِّ والمؤجَّلِ، فجوَّزَ في الأوّلِ دون الثاني [7]، والظاهر أنّ مراد الشيخِ وأتباعِهِ مع جَهالةِ النسبة في الحُلول. ومراد ابنُ الجُنَيْدِ مع علمها فيه. ومرادُهُ في التأجيل استثناء الدرهمِ من الدينارِ في وقت الأجل، فحينئذٍ لا خلاف هنا.

والمصنّفُ حقَّقَ ذلك بما ذكرهُ في هذا الكتاب وغيرِه [8]. وتقريره أنْ يقال: الثمن إمّا حالٌّ

---

١. لم يتعرّضا لحكم التلف في المقبوض بالسوم، قال الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٠٧: ومن ابتاع بيعاً فاسداً فهلك في يده، أو حدث فساد فيه كان ضامناً لقيمته في هلاكه؛ والشيخ الطوسي أفتى في تلف المغصوب بضمان قيمته وقت القبض في المبسوط، ج ٣، ص ٦٠، وبأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف في ص ٧٢؛ والخلاف، ج ٣، ص ٤١٥، المسألة ٢٩، وللمزيد راجع مايأتي في ص ٢٤٥ ـ ٢٤٦.

٢. لم نجد مَنْ تعرّض من أتباع الشيخ لحكم التلفِ في المقبوض بالسّوم، ومن القائلين بضمان قيمة يوم التلف في المغصوب، القاضي في المهذّب، ج ١، ص ٤٣٦ ـ ٤٣٧؛ والفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٣٨٢؛ والعلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٨٠، المسألة ٦٧.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٢٨٥ و ٤٩١.

٤. النهاية، ص ٣٩١؛ المبسوط، ج ٢، ص ٩٨.

٥. المهذّب، ج ١، ص ٣٧٠ ـ ٣٧١.

٦. السرائر، ج ٢، ص ٢٧٢.

٧. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٤٣، المسألة ١٠١.

٨. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٤٣، المسألة ١٠١؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٤٤٣، المسألة ٢٢٣.

القطبُ الثاني في متعلَّق البيع
ومَطالِبُه ثلاثةٌ:

[المطلبُ] الأوّلُ في بَيع الثمار

● إنَّما يجوزُ بيعُها بعدَ ظُهورِها، وفي اشتِراطِ بُدُوِّ الصَّلاح ـ الذي هو الاحمرارُ والاصفرارُ، أو بُلوغُ غايةٍ يؤمَنُ عليها الفَسادُ، أو ينعقدُ حبُّ الزَّرْعِ والشجرِ ـ أو الضميمةِ، أو شرطِ القَطعِ قولانِ.

أو مؤجّلٌ، ثمّ إمّا أنْ يكون الاستثناءُ منه أو من نقدٍ متجدِّدٍ، وعلى التقدير الأوّل، فإمّا منه وقتَ العقد فيهما، أو وقتَ الحلولِ في الأجل، فإنْ كان الأوّلُ فإمّا أنْ يَعلما [١] النسيئةَ أو لا. فالأقسامُ سبعةٌ:

الأوّل: الثَمن حالٌّ والاستثناءُ منه وقتَ العقدِ، والنسبةُ معلومةٌ، فيصحُّ.

الثاني: الصورة بحالها مع جَهالةِ النسبة.

الثالث: الثَمن حالٌّ والاستثناء من النقد المتجدِّدِ، وهذانِ باطلانِ.

الرابع: الثَمن مؤجَّلٌ والاستثناءُ منه وقتَ العقد، والنسبةُ معلومةٌ، فيصحُّ.

الخامس: الصورةُ بحالها والنسبةُ غيرُ معلومةٍ، فيَبطُلُ.

السادس: مؤجَّلٌ والاستثناءُ من النقدِ المتجدِّد.

السابع: مؤجَّلٌ والاستثناءُ منه وقتَ الأجَلِ، والأخيرانِ باطلانِ أيضاً، وهنا صُوَرٌ غيرُ هذه. والضابط علمُ النسبةِ وعدمُه، ولا فرقَ بينَ استثناء الدرهم من الدينار، أو غيرِه منه أو غيره من غيرِه.

قوله ﷺ: «إنّما يجوز بَيعُها بعدَ ظهورها، وفي اشتراط بُدُوِّ الصَّلاح ـ الذي هو الاحمرارُ والاصفرارُ، أو بلوغ غايةٍ يؤمَنُ عليها الفَسادُ، أو ينعقدُ حَبُّ الزرعِ والشجرِ ـ أو الضميمةِ، أو شرطِ القطع قولانِ».

أقول: هنا مسائل:

[المسألة] الأُولى: لا خلاف في أنّه لا يجوز بَيعُ الثمرةِ قبل ظهورها عاماً بلا ضَميمة،

---

١. في «أ»: «أن تعلم النسيئة» بدل «أنْ يعلما النسيئة».

ويجوزُ بيعُ الزَرْعِ والسُنبلِ قائماً وحصيداً، والخُضَرِ بعدَ انعِقادِها لَقَطَةً ولَقَطاتٍ، والرَطْبَةِ وشبهِها جَزَّةً وجزّاتٍ، والحِنّاءِ والتُوتِ خَرْطَةً وخَرَطاتٍ.

وفي جوازه عامينِ فصاعداً قولانِ، والمشهورُ عدمُه، وادَّعى ابنُ إدريسَ عليه الإجماعَ [1]؛ لأنّه غررٌ، وهو منهيٌّ عنه [2]، وهما ظاهرتانِ؛ ولما رواهُ الشيخ عن أبي بصيرٍ، عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال: سُئلَ عن النخلِ والثمَرِ يَبْتاعُهُما الرجل عاماًواحداً قبل أنْ تُثمِرَ؟ قال: «لا حتّى تُثمِرَ وتأمنَ ثمرتُها من الآفةِ، فإذا أثمرَتْ فابتَعها أربعةَ أعوامٍ إنْ شئتَ مع ذلك العامِ أو أكثرَ من ذلك أو أقلّ» [3]. ومفهومُ الشرط حجّةٌ. وفي السند الحسن بن محمّد بن سَماعة، وعليّ بن أبي حمزة وهما ضعيفان [4]؛ ولما رواهُ الشيخُ في الحسن عن ابن محبوبٍ عن خالد بن جريرٍ - بالجيم والمهملتين - عن أبي الربيعِ الشامي قال، قال أبو عبدالله عليه السلام: «كان أبو جعفرٍ عليه السلام يقول: إذا بِيعَ الحائطُ فيه النخلُ والشجرُ سنةً واحدةً فلا يُباعنَّ حتّى تبلغ ثمرتُه، وإذا بِيعَ سَنَتَينِ أو ثلاثاً فلابأس بِبَيعِهِ بعد أنْ يكون فيه شيءٌ من الخُضرة» [5]. وقد قال الكشّي: أجمعت العِصابة على تصحيحِ مايصحّ عن الحسن بن محبوب [6].

---

١. السرائر، ج ٢، ص ٣٥٩ـ ٣٦٠.

٢. لما روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله: أنّه نهى عن بيع الغرر. راجع الخلاف، ج ٣، ص ١٥٥، المسألة ٢٤٥؛ عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ٢، ص ٤٥، ح ١٦٨؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٥٤، ح ٣٣٧٦؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٥٣٢، ح ١٢٣٠؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٣٩، ح ٢١٩٤ ـ ٢١٩٥؛ سنن الدار قطني، ج ٢، ص ٥٨٥، ح ٤٦/٢٨٠٤، كتاب البيوع؛ سنن النسائي، ج ٧، ص ٢٧٩، ح ٤٥٢٥؛ سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٥١، باب النهي عن بيع الغرر؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١١٥٣، ح ٤/١٥١٣؛ الموطّأ، ج ٢، ص ٤٢، ح ٦٣، بيع الغرر.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩١، ح ٣٨٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٨، ح ٣٠٢.

٤. الفهرست، ص ١٣٣، الرقم ١٩٣: الحسن بن محمّد بن سماعة الكوفي واقفي المذهب، وفي ص ٢٨٣، الرقم ٤١٩: عليّ بن أبي حمزة البطائني واقفي المذهب؛ خلاصة الأقوال، ص ٣٣٣، الرقم ١٣١٥: الحسن بن محمّد بن سماعة أبي محمّد الكندي الصيرفي الكوفي واقفي المذهب، وفي ص ٣٦٢، الرقم ١٤٢٦: عليّ بن أبي حمزة سالم البطائني... هو أحد عمد الواقفة. قال الشيخ رحمه الله - في عدّة مواضع -: إنّه واقفيّ.

٥. الفقيه، ج ٣، ص ٢٤٩، ح ٣٩٠٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٧، ح ٣٧٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٦، ح ٢٩٣.

٦. اختيار معرفة الرجال، ص ٥٥٦، ح ١٠٥٠.

واستثناءُ نَخْلةٍ مُعيّنةٍ وحِصّةٍ مُشاعَةٍ وأرطالٍ معلومةٍ، فإنْ خاستِ الثمرةُ سقط من الثُنْيا بحسابه.

قلت: في هذا توثيقٌ ما لأبي الربيع الشامي، واسمهُ خُلَيْدُ بنُ أوفي [١]، ولم يَنُصَّ الأصحابُ على توثيقه فيما عَلمتُ، غير أنّ الشيخَ ذكره في كتابَيه [٢]، وبعضُ المتأخّرين أثبته في المعوَّل على روايته [٣]؛ ولِمَا اشتُهِرَ عن النبيّ ﷺ [٤] والأئمّةِ ﷺ من النهي عن بَيع الثمار حتّى تُزْهِيَ [٥]، وهو يستلزم أولويّةَ النهي عن البَيع قبل الظُّهُورِ مطلقاً.

وذهب الصدوقُ إلى الجوازِ [٦]، ومال إليه الشيخُ نجمُ الدين [٧]؛ للأصلِ، ولعموم ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [٨].

ولما رواه يعقوبُ بنُ شعيبٍ في الصحيح قال: سألتُ أبا عبدالله ﷺ عن شِراء النخل فقال: «كان أبي يَكرهُ شِراءَ النخل قبلَ أنْ تَطلع ثمرةُ السنة، ولكنِ السّنتَينِ والثلاث، كأن يقول: إنْ لم يَحمَل في هذه السَنَةَ حَمِلَ في السَنَةِ الأُخرى»، وسألتهُ عن الرجلِ يَبتاع النخلَ والفاكهةَ قبلَ أنْ تَطلع، فيشتري سَنتَينِ أو ثلاثَ سنين أو أربعاً؟

فقال: «لا بأس إنّما يكرهُ شِراءُ سَنَةٍ واحدةٍ قبل أن تطلع مخافة الآفة حتّى يَستبينَ» [٩].

---

١. رجال النجاشي، ص ١٥٣، الرقم ٤٠٣: خُلَيْد بن أُوفى، أبوالربيع الشامي العَنزي، روى عن أبي عبدالله ﷺ، له كتاب يرويه ...؛ ولمزيد التوضيح راجع معجم رجال الحديث، ج ٧، ص ٧٠ ـ ٧٣.

٢. الفهرست، ص ٥٢٥ ـ ٥٢٦، الرقم ٨٤١؛ رجال الطوسي، ص ٣٢٥، الرقم ٤٨٧٥.

٣. كابن داود في رجاله، ص ٣٩٨، الرقم ٣٨.

٤. صحيح البخاري، ج ٢، ص ٧٦٦، ح ٢٠٨٦؛ سنن النسائي، ج ٧، ص ٢٨١، ح ٤٥٣٤؛ السنن الكبرى، ج ٥، ص ٤٩٠، ح ١٠٥٩٧؛ الموطّأ، ج ٢، ص ١٦، ح ٩، النهي عن بيع الثمار ... .

٥. الكافي، ج ٥، ص ١٧٥، باب بيع الثمار وشرائها، ح ٣؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢١٢، ح ٣٧٩٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٥، ح ٣٦٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٧، ح ٢٩٨.

٦. المقنع، ص ٣٦٦.

٧. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤٥ ـ ٤٦؛ وفي جواز بيعها كذلك عامين فصاعداً تردّدٌ، والمرويّ الجواز.

٨. البقرة (٢): ٢٧٥.

٩. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٧ ـ ٨٨، ح ٣٧٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٦، ح ٢٩٢.

وبيعُ الزَرْعِ قَصيلاً وعلى المشتَري قطعُهُ، فإنْ لم يقطعْهُ قطعَهُ البائعُ أو طالَبَه بالأُجرةِ، وكذا النخلُ لو شَرَطَ قَطْعَ الثَمرةِ.

وحَمَلَها المصنِّفُ على ظهور الثمرة قبل تأبيرها [١]، وهو بعيدٌ؛ إذ الظهور قبل التأبير اطّلاعٌ حقيقةً فلا يُعدَلُ عنها.

ولما رواه الحلبي قال: سُئل أبو عبدالله عليه السلام عن شِراء النخل والكَرْمِ والثِمارِ ثلاث سنين أو أربع سنين؟ قال: «لابأسَ به يقول: إنْ لم يخرج في هذه السَنَةِ أُخرج من قابلٍ وإنْ اشتريتَهُ سَنَةً فلا تَشتَرِهِ حتّى يبلغ، وإنْ اشتريته ثلاث سِنينَ قبل أنْ يبلغَ فلابأسَ» [٢] وهذا لا يخلو من قوّةٍ.

ودعوى الإجماع [٣] على القول الأوّلِ [٤] مشكلٌ؛ لأنّ الأصحابَ لم يذكروهُ صريحاً؛ ولا تَعرّض للمنعِ منه إلّا جماعةٌ منهم [٥]، وكذا الإشكال في جوازه عاماً مع ضميمةٍ، فقال ابنُ إدريسَ بجوازه أوّلاً؛ لأنّ الضمَّ يُخرِجُه عن الغَرَرِ. ثمّ رجع عن ذلكَ وأفتى بالمنعِ أخيراً [٦]. ويمكنُ أنْ يحتجَّ لقوله أوّلاً بما رواهُ سَماعة قال: سألته عن بَيعِ الثَمَرةِ وهل يصلح شراؤها قبل أنْ يَخرُجَ طلعُها؟ فقال: «لا، إلّا أنْ يشترِيَ معها غيرَها رطبةً أو بقلاً فيقول: أشتري منك هذه الرطبةَ وهذا الشجرَ بكذا وكذا، وإنْ لم تخرج الثمرة كان رأس مالِ المشتري في الرطبة والبقلِ» [٧].

---

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٢٤، المسألة ١٩٢؛ وقال في لسان العرب، ج ٤، ص ٣، «أبر»: أبَرَ النخلَ والزرعَ يأبُره ويأبِرهُ أبراً وإباراً وإبارةً وأبّرَهُ: أصلحه.

٢. الكافي، ج ٥، ص ١٧٥، باب بيع الثمار وشرائها، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٥، ح ٣٦٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٧، ح ٢٩٩.

٣. يعني دعوى الإجماع الذي ادّعاهُ ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٥٩.

٤. أي على عدم جواز بيع الثمرة عامين فصاعداً قبل ظهورها.

٥. كالعلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٢٣، المسألة ١٩٢؛ وتحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٩٣، الرقم ٣٤٣٧؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٤٥.

٦. السرائر، ج ٢، ص ٣٦٠ ـ ٣٦١.

٧. الكافي، ج ٥، ص ١٧٦، باب بيع الثمار، ح ٧؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢١٢، ح ٣٧٩٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٤، ح ٣٦٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٦، ح ٢٩٥.

وأن يبيعَ ما ابتاعَهُ مِنَ الثمرةِ وغيرِها بزيادةٍ ونقصانٍ قبل القبضِ وبعدَه.

[المسألة] الثانية: بُدُوُّ الصَلاحِ في النخل هو الاحمرارُ أو الاصفرارُ، أو بلوغُ غايةٍ يُؤْمَن عليها الفسادُ عند المُصَنِّفِ هنا، والشيخِ نجمِ الدين في الشرائع [١]. وقال الشيخ [٢] وابنُ الجُنَيْدِ [٣] وابنُ البرّاجِ [٤] والصَهرُشتي [٥] وابنُ إدريسَ [٦] والشيخُ نجمُ الدين في النافع [٧] والمصنِّفُ في أكثرِ كُتُبِه: هو الاحمرارُ أو الاصفرارُ [٨]، ولم يعتبروا الأخيرَ؛ لقول الصادق في روايةِ عليّ بن أبي حمزةَ في الصحيح حَيثُ علَّق صِحَّةَ البَيعِ على الزَهوِ، وسألهُ الراوي عنه، قال: «حتّى يتلوّن» [٩].

ولقول الرضا في حديثِ الوشّاء الصحيح تفسيراً له «يحمرّ أو يَصفرّ وشبهُ ذلك» [١٠].

ولما رواهُ جابرٌ عن النبيّ أنّه نهى عن بَيع الثمرة حتّى تُشقِّحَ قيل: وما تُشَقِّحُ؟ قال: «تحمرّ وتصفرّ ويؤكلُ منها» [١١]. وفي حديث أنسٍ حيث سأل عن قوله حتّى تُزهِيَ؟ قال:

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤٦.

٢. النهاية، ص ٤١٤؛ المبسوط، ج ٢، ص ١١٤.

٣. لم نعثر على من نقله عنه من المتقدّمين والمتأخّرين عن الشهيد، سوى العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٣٧٢.

٤. المهذّب، ج ١، ص ٣٨٠.

٥. لم نجد من نقل عنه من المتقدّمين والمتأخّرين عن الشهيد سوى العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٣٧٢.

٦. السرائر، ج ٢، ص ٣٦١.

٧. المختصر النافع، ص ٢١٥.

٨. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣٥٨، المسألة ١٦٥؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٣؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٩٤، الرقم ٣٤٤١.

٩. الكافي، ج ٥، ص ١٧٦، باب بيع الثمار وشرائها، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٤، ح ٣٥٩؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٦، ح ٢٩٤.

١٠. الكافي، ج ٥، ص ١٧٥، باب بيع الثمار، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٥، ح ٣٦٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٧، ح ٢٩٨.

١١. الخلاف، ج ٣، ص ٨٦، المسألة ١٤٠؛ صحيح البخاري، ج ٢، ص ٧٦٦، ح ٢٠٨٤؛ سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٥٣، ح ٣٣٧٠؛ السنن الكبرى، ج ٥، ص ٤٩١، ح ١٠٦٠٠.

وبيعُ الثمرةِ على النَخْلَةِ بالأَثمانِ وغيرِها، لا بالتَمْرِ وهي المُزابَنَةُ، ولا الزرعِ

«حتّى تَحْمَرَّ»[١]. وهذا تفسير أهل اللغة[٢] أيضاً. وقيل: بُدُوُّ الصَلاح بلوغُ غايةٍ يؤمَن عليها الفسادُ[٣]؛ للروايةِ المذكورةِ في المسألةِ الأُولى عن أبي بصيرٍ عن الصادق ﷺ[٤].

ولما رواه أبو سعيدٍ الخُدري عن النبيّ ﷺ، أنّه قال: «لا تَبتاعوا الثمرةَ حتّى يَبْدوَ صلاحُها» قالوا: وما بُدُوُّ صلاحِها؟ قال: «تذهب عاهَتُها ويَخلُصُ طيبُها»[٥].

ولما رواه عبدُ الله بن عُمَرَ، أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بَيعِ الثمار حتّى تذهب العاهةُ[٦]. وما اختارهُ المصنِّفُ هنا، فيه جمعٌ بين القولينِ، ويمكن أنْ لا يكون قولُه هنا، وقولُ الشيخِ نجمِ الدين في الشرائع[٧] اختياراً، بل تنزيلاً على القولَين.

وأمّا ثمرةُ الشجرةِ والسُنْبلِ، فالمشهور أنّ بُدُوَّ الصلاح هو انعقاد الحَبِّ وتَناثُرُ الوَرْدِ، ذكر ذلك الشيخُ في النهاية[٨] وابنُ البرّاج في الكاملِ[٩] وابنُ إدريسَ[١٠] والمصنِّفُ في التحريرِ[١١].

وقال الشيخُ في المبسوط:

أنّه التَلَوُّنُ فيما يَتَلَوّنُ، وصَفاء اللون، وأنْ يَتَمَوّهَ، وهو أنْ يَنمُوَ فيه الماءُ الحلوُ فيما يَبْيَضُّ، والحَلاوةُ وطِيبُ الأكلِ في مثل التُفّاح، والنُضجُ في مثل البِطيّخ. ثمّ رَوى عن أصحابِنا،

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ٨٦، المسألة ١٤٠؛ صحيح البخاري، ج ٢، ص ٧٦٦، ح ٢٠٨٥؛ سنن النسائي، ج ٧، ص ٢٨١، ح ٤٥٣٤؛ السنن الكبرى، ج ٥، ص ٤٨٩، ح ١٠٥٩٢؛ الموطّأ، ج ٢، ص ١٦، ح ٩، النهي عن بيع الثمار حتّى يبدو صلاحها.

٢. الصحاح، ج ٦، ص ٢٣٧٠؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ٣٢٣، «زهو».

٣. القائل هو المحقّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤٦؛ والعلّامة في إرشاد الأذهان الذي تقدّم في ص ٣٧ في المتن.

٤. تقدّم في ص ٣٨، الهامش ٣.

٥. الخلاف، ج ٣، ص ٨٦، المسألة ١٤٠.

٦. الخلاف، ج ٣، ص ٨٥، المسألة ١٤٠؛ السنن الكبرى، ج ٥، ص ٤٨٩، ح ١٠٥٩١.

٧. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤٦.

٨. النهاية، ص ٤١٤: وحدّ بدوّ صلاحها... إنْ كان شجر الفواكه أنْ يتعقد بعد ما يسقط عنه الورد.

٩. هذا الكتاب قد فقد ولم يصل إلينا، ولم نعثر على من نقل عنه من المتقدّمين عن الشهيد ولا المتأخّرين عنه سوى العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٣٧٣.

١٠. السرائر، ج ٢، ص ٣٦١.

١١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٩٤، الرقم ٣٤٤١.

بحبٍّ منه وهي المُحاقَلَةُ، إلّا العريَّة بخَرْصِها تَمْراً مِنْ غيرِها، بشرطِ التعجيلِ لا

أنّه مايتورّد نَثْرَ وَرْدِه، وفي الكَرْمِ انعقاد حِصْرِمِهِ، وجَعَلَ بُدُوَّ الصلاحِ فيما لم يَتلوّنْ ولايتغيّر طعمهُ بل يؤكلُ صِغاراً كالقِثّاءِ والخيار تناهي عِظَمِ بعضِه [١].

ونحوه قال ابنُ البرّاج في المهذّب [٢]. وقال ابنُ الجُنَيْد [٣] بمثلِ قولِ الشيخ في النهاية [٤]، ويَظهرَ من كلامه أنّ بُدُوَّ الصلاح في السنبلِ ابيضاضُه. والشيخُ نجمُ الدين [٥] والمصنِّفُ هنا وفي أكثرِ كُتُبِهِ [٦]، وافقا الشيخَ في النهاية، إلّا أنّهما لم يَذكُرا تَنَاثُرَ الوردِ، حتّى قيل: إنّ قولَ الشيخِ نجمِ الدين في الشرائع: ولا يُشتَرطُ زيادةٌ على ذلك على الأشبه إشارةٌ إلى نفي قولِ الشيخ في النهايةِ وأتباعِهِ باشتراطِ نَثْرِ الوَرْدِ.

ويمكنُ الاحتجاجُ على قولِ الشيخ:

بما رواه [٧] في القويّ عن الحسنِ بنِ محمّدِ بن سَماعة بإسناده إلى محمّدِ بن شُريح، قال: سألتُ أبا عبدالله ﷺ عن رجلٍ اشترى ثمرةَ نخلٍ سنتينِ أو ثلاثاً وليس في الأرض غيرُ ذلك النخلِ ؟ قال: «لا يصلَح إلّا سنةً، ولا تَشْتَرِهِ حتّى يَبينَ صَلاحُه» قال: وبلغني أنّه قال: «في ثمرة الشجرة لابأس بشرائه إذا صلحت ثمرتُه»، فقيل له: وما صَلاحُ ثمرته ؟ فقال: «إذا عقد بعد سقوطِ وَرْدِهِ» [٨]. وفي حديثِ عمّار بن موسى عن أبي عبدالله ﷺ يحلُّ بيعُ الكَرْمِ إذا صارَ عُنْقُوداً، والعنقودُ اسم الحِصْرِمِ بالنبطيّة [٩]؛ وفي الصحاح العُنْقُودُ واحد عناقيدِ

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ١١٤.

٢. المهذّب، ج ١، ص ٣٨٠ ـ ٣٨١.

٣. لم نعثر على من حكى عنه من المتقدّمين عن الشهيد ولاالمتأخّرين عنه سوى العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٣٧٣.

٤. النهاية، ص ٤١٤.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤٦.

٦. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٣؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣٦٠، المسألة ١٦٨؛ تلخيص المرام، ص ١٠٦.

٧. في جميع النسخ: «أولاً بما رواه».

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩١، ح ٣٨٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٩، ح ٣٠٣.

٩. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٤، ح ٣٥٨، ولفظ الحديث في المصدر هكذا: «إذا عقد وصار عقوداً، والعقود اسم الحصرم بالنبطيّة».

القبضِ، ولا يجبُ تماثُلُ خَرصِ تَمرِها عندَ الجَفافِ وثمنِها ولا عَرِيَّةَ في غيرِ النَخْلِ.

العنب[1]. وروى عمّار أيضاً عن أبي عبدالله ﷺ اعتبار الطَعْمِ في الفاكهة[2]. وروى سليمانُ بنُ خالدٍ[3] وأبو بصيرٍ عن أبي عبدالله ﷺ أيضاً، اعتبار الطَعْم في النخل[4]. وهذا البحثُ فائدتهُ عند من منعَ البَيع قبل الصَلاحِ.

[المسألة] الثالثة: في الوقت الذي يَجوزُ فيه بَيعُ الثمرة، ولا إشكال في جواز بَيعها بعد بُدُوِّ صلاحِها مطلقاً، ولا في جوازه قبله، إذا كان بشرطِ القطعِ أو مع ضميمةٍ أو أزيد من عامٍ، وإنّما الخلاف في جوازه بعد الظهور وفقدِ شيءٍ من الأربعةِ، ففيه ثلاثةُ أقوال:

الأوّل: الصحّةُ على كَراهيةٍ، وهو اختيارُ المفيد[5] والشيخ في كتابَي الحديثِ[6]، وابنِ إدريس[7] والمُصنِّفِ في أكثرِ كُتُبِه[8]؛ لعموم ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[9]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[10]، ولأنّه بَيعٌ صَدَرَ من أهله في محلّه؛ فكان صَحيحاً، وإنّما قُلنا: في محلّه، إذ مَحلُّ البَيع هنا ما يصحُّ تملُّكُه ونَقْلُهُ بسائر الانتقالات من البَيع بشرطِ القطعِ والاتّهاب وغَيرِهما.

ولما رواهُ الحلبي في الحسن عن الصادق ﷺ في حديث منه، وسُئِلَ عن الرجل يشتري الثمرةَ المُسمّاةَ من أرضٍ فتَهلِك تلك الأرضُ كُلُّها، فقال: «اختصموا في ذلك إلى رسول الله ﷺ وكانوا يذكرونَ ذلك، فلمّا رآهم لا يدعُونَ الخُصومةَ نهاهم عن ذلك البَيعِ حتّى

---

١. الصحاح، ج ٢، ص ٥١١، «عقد».
٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٢، ح ٣٩١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٩، ح ٣٠٤.
٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٨، ح ٣٧٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٥، ح ٢٩٠.
٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٨، ح ٣٧٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٦، ح ٢٩١.
٥. المقنعة، ص ٦٠٢.
٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٨، ذيل الحديث ٣٧٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٨، ذيل الحديث ٣٠١.
٧. السرائر، ج ٢، ص ٣٥٨ـ٣٥٩.
٨. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٢١، المسألة ١٩١؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣٤٩، المسألة ١٥٧؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٣؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٩٣، الرقم ٣٤٣٧.
٩. البقرة (٢): ٢٧٥.
١٠. النساء (٤): ٢٩.

....

تَبلُغَ الثمرةُ، ولم يُحرِّمْه، ولكن فعل ذلك من أجلِ خُصومتهم»[١].

ولما رواهُ أحمدُ بنُ محمّدٍ عن الحَجّال عن ثَعلبةَ بنِ زيدٍ، قال: أمرتُ محمّدَ بنَ مسلمٍ أنْ يَسأل أبا جعفرٍ ﷺ عن قولِ رسولِ اللهِ ﷺ في النخل، فقال أبو جعفر ﷺ: «خرجَ رسولُ الله ﷺ فَسمِعَ ضَوضاء[٢]. فقال: ما هذا؟ فقيل: تبايع الناسُ بالنخلِ فقعد النخل العامَ، فقال ﷺ: أمّا إذا فعلوا فلاتشتروا النخلَ العام حتّى يطلَعَ فيه شيءٌ ولم يحرّمه»[٣].

[الثاني:] وذهب الشيخُ في النهاية[٤] والمبسوطِ[٥] والخلاف إلى المنع[٦]، وتبِعهُ ابنُ البرّاج في كتابَيه معاً[٧]، وابنُ حمزةَ[٨]، وبه قال الصدوق[٩] وابنُ الجُنَيْد[١٠] وأبوالصلاح[١١] والشيخُ نَجمُ الدين[١٢] والمُصَنِّفُ في بعض كُتُبِهِ[١٣]، عملاً بحديث أبي الربيع الشامي، وقد تقدّمَ[١٤]؛ وبما رواهُ عليُّ بن أبي حمزةَ قال: سألتُ أباعبدالله ﷺ عن رجلٍ اشترى بُستاناً

١. الكافي، ج ٥، ص ١٧٥، باب بيع الثمار وشرائها، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٥، ح ٣٦٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٧، ح ٢٩٩.

٢. قال في الصحاح، ج ٤، ص ٢٤١٠، «ضوا»: والضَّوْضاةُ: أصواتُ الناس وجَلَبتهم.

٣. الكافي، ج ٥، ص ١٧٤، باب بيع الثمار وشرائها، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٦، ح ٣٦٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٨، ح ٣٠١. في الكافي وتهذيب الأحكام: عن ثعلبة بن زيدٍ عن بُريد ....

٤. النهاية، ص ٤١٤ ـ ٤١٥.

٥. المبسوط، ج ٢، ص ١١٣.

٦. الخلاف، ج ٣، ص ٨٤ ـ ٨٥، المسألة ١٣٩ ـ ١٤٠.

٧. المهذّب، ج ١، ص ٣٨٠؛ والكامل قد فقد ولم يصل إلينا.

٨. الوسيلة، ص ٢٥٠.

٩. المقنع، ص ٣٦٦.

١٠. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٢١، المسألة ١٩١؛ و ولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٤٦.

١١. الكافي في الفقه، ص ٣٥٦.

١٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤٦.

١٣. لم نجده في كتب العلّامة.

١٤. تقدّم في ص ٣٨، الهامش ٥.

والتقبيلُ بشرط السَلامةِ ● ولو مَرَّ بِثمرةٍ لم يَجُزِ التناولُ على رأي، ولا أخذُ شيءٍ منها.

فيه نخلٌ، ليس فيه غيرُ بُسرٍ أخضرٍ، فقال: «لاحتّى يَزْهُوَ»[١]. ومثله في حديث الوشّاء عن الرضا ﷺ[٢]. وأجابَ المُصَنِّفُ: بحمل هذه الأحاديث ـ بعد سلامة سندها ـ على الأولويّة، جمعاً بين الأدلّة، وقد نصَّ ﷺ على علّة المنعِ وهي الخصومة[٣].

[الثالث:] ونقل ابن إدريسَ[٤] عن سلّار مراعاةَ السلامة، وهو ظاهر كلامه[٥]، ونقله الشيخُ نجمُ الدين قولاً[٦].

تَذنيبٌ: منع الصدوقُ من بَيْعِ الزرع قبل أنْ يُسَنْبِلَ إلّا للقصيل[٧]. والمشهور الجواز.

آخَرُ: شَرَطَ ابنُ الجُنَيْد في بَيْعِ السُنبل أن يبيضَّ[٨]. وهو مخالفٌ للمشهور.

قولهﷺ: «ولو مَرَّ بثمرةٍ لم يَجُزِ التَناوُلُ على رأي».

أقول: هذا ظاهر اختيارِ المرتضى (قدّس اللهُ روحهُ) في الصيداويّة[٩] حيث قال: الأحوطُ والأولى أنْ لا يأكل. والشيخ في الحائريّات جوّزهُ في ثمرةِ النخل دونَ ماعداهُ[١٠].

---

١. تقدَّم تخريجها في ص ٤١، الهامش ٩.

٢. الكافي، ج ٥، ص ١٧٥، باب بيع الثمار وشرائها، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٥، ح ٣٦٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٨٧، ح ٢٩٨.

٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣، المسألة ١٩١.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٣٥٩.

٥. لاحظ المراسم، ص ١٧٧؛ وقال الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٥٠٤: وحكى المتأخّر عن أبي يعلي سلّار أنّه يقول: يكون البيع مراعى، نظراً إلى قوله: ومتى خاست الثمرة قبل بدوّ صلاحها فللبائع ما أغلّت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن.

٦. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤٦.

٧. المقنع، ص ٣٩٢؛ وقال في لسان العرب، ج ١١، ص ٥٥٨، «قصل»: والقَصيل: ما اقتُصِل من الزرع أخضَرَ... وقَصَل الدابّةَ تَقصِلُها قصلاً وقَصَلَ عليها: علفها القصيل.

٨. راجع ص ٤٣، الهامش ٣.

٩. هذا الكتاب قد فقد ولم يصل إلينا، ولم نعثر على من حكى عنه من المتقدّمين، ولا من المتأخّرين سوى العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٢٥؛ والطباطبائي في رياض المسائل، ج ٩، ص ٤٥.

١٠. الحائريّات، ضمن الرسائل العشر، ص ٢٣٠.

....

وحجّة المُصَنِّف أنّه تصرّفٌ في مال الغَيرِ بغير إذنه فكانَ قَبيحاً[1]. ويؤيّدهُ ما رواهُ الحسنُ بنُ يقطين في الصحيحِ عن أبي الحسن ﷺ حين سُئِلَ عن المارِّ بالثمارِ من النخلِ والزرعِ والكَرْمِ والشجرِ والمباطخ، أيحلُّ له أنْ يَتناوَل منه ويأكلَ بغير إذن صاحبه ؟ قال: «لا يحلُّ له أنْ يأخذ شيئاً»[2].

وحملها الشيخُ على الكراهية، أو على ما يحمله معه[3].

وذهب الشيخ في النهاية[4] وابنا بابويه[5] وأبو الصلاح[6] والقاضي[7] وابنُ إدريسَ إلى الجواز[8]؛ لمرسلَةِ ابن أبي عُميرٍ عن بعضِ أصحابنا عن أبي عبدالله ﷺ، قال: سألته عن الرجل يمرّ بالنخل والسنبل والثمرة، أيجوز له أنْ يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورةٍ أوغير ضرورةٍ؟ قال: «لابأس»[9]. ومراسيلُ ابن أبي عُمير ﷺ مقبولةٌ.

ولما رواهُ محمَّدُ بنُ مروان قال: قلت لأبي عبدالله ﷺ: أمرُّ بالثمرةِ فآكُلُ منها، فقال: «كُلْ ولا تَحمِلْ» قلت: جُعِلتُ فداك إنّ التُجّار قد اشتروها ونَقَدُوا أموالَهم، قال: «اشتَروا ما لَيس لهم»[10]. وفي السند إرسالٌ. وروى الكُلَيني بإسناده إلى عبدالله بن سَنان عن الصادق ﷺ: «لابأس أنْ يَمُرَّ على الثمرة ويأكلَ منهاولا يُفْسِد، وقد نهى رسولُ الله ﷺ أنْ تُبنَى الحيطانُ

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٦، المسألة ٢١.
٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٢، ح ٣٩٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٩٠، ح ٣٠٧.
٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٢ـ٩٣، ذيل الحديث ٣٩٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٩٠، ذيل الحديث ٣٠٧.
٤. النهاية، ص ٤١٧.
٥. حكاه عن عليّ بن بابويه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥، المسألة ٢١؛ وقول الصدوق في المقنع، ص ٣٧١.
٦. الكافي في الفقه، ص ١٦٦.
٧. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥ ـ ٥٦، المسألة ٢١. ولم نجده في المهذّب.
٨. السرائر، ج ٢، ص ١٢٦.
٩. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٣، ح ٣٩٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٩٠، ح ٣٠٦.
١٠. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٩، ح ٣٨٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٩٠، ح ٣٠٥.

المطلبُ الثاني في بيعِ الحيوانِ

● كلُّ حَيوانٍ مملوكٍ يصحُّ بيعُه وأبعاضِهِ المشاعَةِ لا المعيَّنةِ، إلّا الآبقَ منفرداً، وأُمَّ الولدِ مع وجودِهِ والقدرةِ على الثمن أو إيفائِه، والوقفَ،

على المدينة لمكان المارّة»[1]. وعن أبي الربيع الشامي عنه ﷺ نحوه وزاد: «ولا يحمل»[2].

وعن عليّ بن الريّان عن أبيه عن يونس، أو غيره عنه ﷺ قال: «كنتُ آمرُ إذا بلغتِ الثمرةُ في عين زيادٍ أنْ يُثْلَمَ في حيطانها الثلَمْ ليدخلَ الناسُ ويأكلوا» الحديث إلى قوله: «فكانت غَلَّتُها أربعة آلاف دينارٍ وحصل لي منها أربعمائة دينارٍ»[3].

قوله ﷺ: «كُلُّ حيوانٍ مملوكٍ يصحُّ بَيْعُهُ وأبعاضِهِ المشاعةِ لا المعيَّنةِ إلّا الآبقَ منفرداً، وأُمَّ الولد مع وجوده، والقدرة على الثمن أو إيفائِهِ».

أقول: هذا استثناء من الكُلّيّة في قوله: «كلُّ حيوانٍ مملوكٍ». والمراد به أنّ أُمَّ الولد لا يَصحُّ بَيْعُها بشرطين:

الأوّلُ: أنْ يكونَ ولدُها موجوداً، فلو عَدِمَ صحَّ بَيْعُها.

الثاني: حصولُ أحد الأمرين: إمّا القدرةُ على ثمنها، أو إيفاءُ البائع الثمنَ، ولو كان عاجزاً عنه ـ ومعناه أنّه مع عدم القدرةِ على الثمن يصحُّ بَيْعُها في ثمن رقبتها إلّا أنْ يكون قد أوفاهُ إيّاهُ ـ فإنّه لا يصحُّ بَيْعُها، وإنْ عجز عن الثمن.

واعلَمْ أنّ المُصَنِّف لوقال مع وجوده إلّا في ثمن رقبتها، ظَهَر المعنى الذي أرادهُ، ولكنَّهُ لمّا عطف قولَه: «والقدرةِ على الثمنِ» على قوله: «مع وجودِهِ» أشعر بأنّ القدرةَ على الثمن قد لا تكون حاصلةً، مع أنّ البَيْعَ لا يصحُّ بأنْ يكون قد أوفاهُ، فاستدرك بقوله: «أو إيفائِهِ». وهو عطفٌ على القدرةِ لاعلى الثَمن، كما تَوَهَّمَ بعضُهم من أنّ التقديرَ أوالقدرة على إيفائِهِ، فإنّه سهوٌ؛ إذ القادرُ على إيفائه قادرٌ عليه، فيبقى التوهّمُ الذي قلناهُ موجوداً، فلابدَّ من التحرُّزِ عنه بما ذكره.

١. الكافي، ج ٣، ص ٥٦٩، باب نادر، ح ١.

٢. الكافي، ج ٣، ص ٥٦٩، باب نادر، ذيل الحديث ١.

٣. الكافي، ج ٣، ص ٥٦٩، باب نادر، ح ٢، بتقديم وتأخير في الجزء الأخير.

● والعمودينِ للمشتَري، والمحرّماتِ عليه نسباً ورِضاعاً.

● قيل: ولو استثنى البائعُ الرأسَ والجِلْدَ كان شريكاً بقدرِ القِيمَةِ، وكذا لوِ اشتَرك اثنان وشرط أحدُهما ذلك.

واعلَمْ أنّه شَرَطَ في منع البَيْعِ القدرةَ على الثمنِ أو إيفائِهِ، وهو لا يصدقُ إلّا بالقدرةِ على المجموعِ أو إيفائِهِ المجموعَ، فحينئذٍ مفهومُه صحّةُ بَيعِها إذا قَدَرَ على البعضِ أو أوفى البعضَ، وهو جيّدٌ إنْ أُريدَ به بَيْعُ مايَقُومُ بما بَقي، لابَيْعُ الجميعِ لوفَضُلَ عن الباقي في الذمّةِ.

قوله ﷺ: «والعمودَين للمشتَري، والمحرّماتِ عليه نسباً ورِضاعاً».

أقول: عَطَفَه على ما تقدّمَ، ويُريد به كُلَّ حَيوانٍ مملوكٍ يصحُّ بَيْعُه إلّا العمودَينِ للمشتري، والمحرّماتِ عليه نسباً ورضاعاً، فإنّه يصدق على كُلٍّ منهما أنّه حَيوانٌ مملوكٌ؛ إذ لولا كونُه مملوكاً له لما انعتَق عليه، وعَدَمُ استقرارِ المِلْك لا ينافي المِلْك، فَلَوْلا استثناءُ ذلك لم يصحَّ الحكمُ بأنّ كُلَّ حيوانٍ مملوكٍ يصحُّ بَيْعُه.

قوله ﷺ: «قيل: ولو استثنى البائعُ الرأسَ والجِلدَ كان شريكاً بقدْرِ القِيمةِ».

أقول: القولُ المُشارُ إليه هو قولُ الشيخ في النهايةِ [1] والمبسوطِ [2] والخلافِ [3]، وتَبِعَه ابنُ البرّاج [4]؛ عملاً برواية السكوني عن الصادق ﷺ قال: «اختصَمَ إلى أميرِ المؤمنينَ ﷺ رجلانِ اشترَى أحدُهما من الآخرِ بَعيراً فاستثنى الرأسَ والجِلدَ، ثمّ بَدا للمشتَري أنْ يَبيعَه، فقال للمشتَري: هو شريكُكَ في البَعير على قَدْرِ الرأسِ والجِلدِ» [5]؛ ولأنّه استثناءٌ لغير معلومٍ؛ إذ لا يُعلم حالُ الجِلدِ بعدَ السَلخِ، والأصلُ صحّةُ البَيعِ فيُنَزَّلُ على الإشاعةِ.

---

١. النهاية، ص ٤١٣.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ١١٦.

٣. الخلاف، ج ٣، ص ٩٢، المسألة ١٤٩.

٤. المهذّب، ج ١، ص ٣٨٢.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٣٠٤، باب النوادر، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨١، ح ٣٥٠.

والوحشي منَ الحيوانِ يُملَكُ بالاِصْطيادِ، أو بأحدِ العقودِ الناقلةِ، أو بِالاستنتاجِ؛ وغيرُ الوحشي بالأخيرينِ.

وأمّا الآدمي، فإنّما يُمْلَكُ في الأصلِ بالقهرِ عليه إذا كان كافراً أصليّاً إلّا اليهودَ والنصارى والمجوسَ مع القيامِ بشرائطِ الذمَّةِ، فإنْ أخَلُّوا مُلِكُوا؛ ثُمّ يَسري الملكُ إلى أعقابه وإنْ أسْلَموا، إلّا الآباءَ والأُمّهاتِ وإنْ عَلَوا، والأولادَ وإنْ نَزَلُوا، سواءٌ كان المالكُ ذكَراً أو أُنثى.

وذهب المرتضى [١] والمفيدُ [٢] وابنُ الجُنَيْد [٣] وأبوالصلاح [٤] وسلّارُ [٥] وابنُ إدريس إلى جوازِ الاستثناء، ولم يذكروا الشركةَ؛ للأصل. وابنُ إدريسَ نفاها صريحاً [٦]. وسلّارُ جوّز استثناءَ اللحم بالوزن [٧]. ومنعه ابنُ الجُنَيْد؛ لتفاوت المواضع إلّا أنْ يحدِّدَهُ [٨]. واختار المُصَنِّفُ في المختلف [٩] والقواعد [١٠] وغيرِهما جوازَ الاستثناءِ من المذبوح [١١]، أو في ما اشتُري للذبح لامّما اشتُري للتبقية؛ محتجّاً بالرواية المذكورة. وأمّا البطلانُ على تقدير اشتراط تبقيته، فللجهالة، وتضرُّر الشريك [١٢] لو أراد أخذَ حقِّه؛ ولعدم صحّةِ إفراده بالبَيْعِ.

---

١. الانتصار، ص ٤٤٠ ـ ٤٤١، المسألة ٢٥٢.

٢. المقنعة، ص ٦٠٨.

٣. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٩، المسألة ٢٢٧.

٤. الكافي في الفقه، ص ٣٥٤.

٥. المراسم، ص ١٧٨.

٦. السرائر، ج ٢، ص ٣٥٥: وقال شيخنا أبو جعفر في نهايته وفي سائر كتبه: إذا باع الإنسان بعيراً، أو بقراً، أو غنماً واستثنى الرأس والجلد كان شريكاً للمبتاع بقدر الرأس والجلد معتمداً على خبرٍ ضعيفٍ.

٧. المراسم، ص ١٧٨.

٨. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦١، المسألة ٢٢٧.

٩. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦٠، المسألة ٢٢٧.

١٠. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٠.

١١. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣١١، المسألة ١٣٦.

١٢. ما أثبتناه هو الصحيح كما في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦٠، المسألة ٢٢٧، وفي النُسخ: «الشريكين».

ولا يَملِكُ الرجلُ الأخـواتِ والعـمّاتِ والخـالاتِ وإنْ عـلَونَ، وبـناتِ الأخِ وبناتِ الأُختِ وإنْ نَزَلْنَ ؛ فإنْ مَلَكَ أحَدَ هؤلاء انْعتق في الحالِ، ولو مَلَكَ البعضَ انْعتق ما يَمْلِكُه ● وحُكْمُ الرِضاعِ حكمُ النَسبِ على رأيٍ.

قوله ﷺ : «وحكمُ الرضاع حكمُ النَسَبِ على رأيٍ».

أقول: يريد أنّه إذا مَلَكَ الأُمَّ من الرضاع مثلاً تنعتق عليه كما لو كانت من النسب، وهو مذهب الصدوق في المقنع [١]، والشيخِ في النهاية [٢] والخلاف [٣]، والقاضي [٤] وابن حـمزةَ [٥] ؛ لما رواه عبدُ الله بنُ سِنان في الصحيح، قال: سُئِلَ أبوعبدالله ﷺ ـ وأنا حاضرٌ ـ عن امرأةٍ أرضعتْ غلاماً مملوكاً لها من لبنها حتّى فطمتْه، هل يحلّ لها بَيْعُه ؟ قال: فقال: «لا، هو ابنُها من الرَضاعةِ حَرُمَ عليها بَيْعُه وأكلُ ثمنه» قال: ثمّ قال: «أليس قد قال رسول الله ﷺ: يَحْرُمُ من الرضاعِ مايَحْرُم من النَسَبِ ؟!» [٦]. وغَيرِ ذلك من الأحاديث الصحيحة [٧].

وأمّا الاحتجاجُ بأصالةِ الحُرِّيّة [٨] فغير مُوَجَّهٍ ؛ لأنّ الرقّيّةَ هنا متحقّقةٌ قبلَ حدوثِ المِلك، فكيف يصير خلافَ الأصل.

وقال المفيد ﷺ: لا ينعتق عليه [٩]. وهو اختيار ابن أبي عقيلٍ [١٠] وسلّار [١١] وابن إدريسَ [١٢] ؛

---

١. المقنع، ص ٤٦٨.

٢. النهاية، ص ٤٠٩.

٣. الخلاف، ج ٦، ص ٣٦٧، المسألة ٥.

٤. المهذّب، ج ٢، ص ٣٥٦.

٥. الوسيلة، ص ٣٤٠.

٦. الكافي، ج ٥، ص ٤٤٦، باب نوادر في الرضاع، ح ١٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٦، ح ١٣٤٢، في الكافي رواه مرسلاً.

٧. الفقيه، ج ٣، ص ١١٣، ح ٣٤٣٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٣، ح ٨٧٧ـ٨٧٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٧، ح ٥٣ ـ ٥٤.

٨. المحتجّ هو العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٣٦، المسألة ٢٠٧.

٩. المقنعة، ص ٥٩٩.

١٠. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٣٦، المسألة ٢٠٧؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٢٥.

١١. المراسم، ص ١٧٦.

١٢. السرائر، ج ٢، ص ٣٤٣؛ وج ٣، ص ٨.

ويُمْلَكُ لقيطُ دارِ الحربِ دونَ دارِ الإسلامِ، ويُقْبَلُ إقرارُه بـعدَ بـلوغِهِ بـالرقِّ، وكذا كُلُّ مُقِرٍّ به مع جَهالَةِ حُرِّيَّتِهِ.

ولو أسلم عبدُ الكافرِ بِيعَ عليه من مُسلمٍ، ولو مَلَكَ أحدُ الزّوجينِ صاحبَهُ صحّ وبطل العقدُ. ولا يُقْبَلُ ادّعاءُ الحُرِّيّةِ منْ مَشهورِ الرقِّيَّةِ إلّا بالبيِّنةِ.

والآمرُ بِشراءِ حيوانٍ بالشركةِ يَلزمُه ثَمَنُ الحِصَّةِ، ولو أذِنَ فـي الأداءِ رَجَـعَ عليه، ولو تَلِفَ الحيوانُ فهو عليهما.

لما رواهُ الحسنُ بنُ محمّدِ بن سَماعة، عن صالحِ بنِ خالدٍ، عن أبي جميلةَ عن أبي عُيَيْنةَ، عن أبي عبدالله ﷺ، قال: قلت له: غلامٌ بيني وبينه رضاعٌ يَحلُّ لي بَيْعُه؟ قال: «إنّما هو مملوكٌ، إنْ شئتَ بعتَه وإنْ شئتَ أمسكتهُ، ولكن إذا مَلَكَ الرجلُ أبوَيه فهما حرّانِ» [1] والسندُ ضعيفٌ، على أنّه ربما وقع السؤالُ عن الأخ من الرضاع. ونحن نقول بِمُوجَبه.

ولروايةِ عبدالله بنِ سِنان عن الصادق ﷺ: «إذا اشترى الرجلُ أباهُ أو أخاهُ فَمَلَكَه فـهو حُرٌّ إلّا ماكان من قِبَلِ الرضاع» [2]، وحمل الشيخُ «إلّا» على «الواو» [3]، كقوله تعالى: ﴿مَادَامَتِ ٱلسَّمَـٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ إِلَّا مَا شَآءَ رَبُّكَ﴾ [4].

وقال الصدوق في باب العتقِ من المقنع: إذا أرْضَعَتْ جـاريةٌ رجـلاً جـاز له بَـيْعُها، وإذا لم تَجِد مايُنفقُ عـلى أُخـته مـن الرضـاع جـاز بَـيْعُها [5]، وجَـوَّزَ ابـنُ الجُـنَيْدِ بَـيْعَهم عند الضرورة [6].

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٤، ح ٨٨١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٨، ح ٥٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٥، ح ٨٨٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٩، ح ٦١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٦، ذيل الحديث ٨٨٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٩، ذيل الحديث ٦٢.

٤. هود (١١): ١٠٧.

٥. المقنع، ص ٣٣٢-٣٣٣، باب النكاح: وإذا أرضعت جارية رجلاً حلّ له بيعها، إذا شاء إلّا أنّ لها حقّها عـليه، ولايجوز للرجل أنْ يبيع أُختاً من الرضاعة إلّا إذا لم يجد ما ينفق عليها، ولا ما يكسـوها فـلابأس أنْ يـبيعها. ولمنجده في باب العتق من المقنع؛ ولاحظ مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٣٥، المسألة ٢٠٧.

٦. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٣٦، المسألة ٢٠٧.

ولو وجد المشتَري فِيهِ عَيْباً سابقاً على البَيْعِ تَـخيَّر بـينَ الردِّ والأرشِ ● ولو تجدَّدَ بعدَ العقدِ قبلَ القبضِ تَخيَّر بينَ الردِّ والإمسـاكِ، والأقـربُ بِـالأرشِ، ولو قَبَضَه ثُمّ تَلِفَ أو حَدَثَ فيه عَيْبٌ في ثلاثَةِ الأيّامِ فهو من مالِ البائعِ، مالم يُحدِثْ فِيه المشتَري حَدَثاً.

قوله ﷺ: «ولو تجدَّد بعدَ العـقدِ قـبلَ القـبضِ تَـخيَّرَ بـين الردِّ والإمسـاكِ، والأقـربُ بالأرشِ».

أقول: وجه كونِ هذا أقرب، أنّ المبيع لو تَلِفَ أجمعُ كان من مال البائع، فكذا أبـعاضُهُ وصفاتُه؛ إذ المقتضي لثبوت الضَمان في الجملة ـ وهو عدم القبضِ ـ موجودٌ فـي صـورة النزاع، وهو اختيار الشيخِ في النهاية [١] والقاضي [٢] وأبي الصلاح [٣].

ويُحتَملُ عدمُ رجوعه بالأرش؛ لأنّ الأصلَ في البَيْعِ اللزومُ؛ وعـدمُ التسـلُّط بـالأرش والردُّ إنّما جاز لِتَطَرُّقِ الضرر بالقبول، فيبقى الباقي على الأصل، وهو مذهبُ الشَـيخِ فـي المبسوط [٤] والخلاف [٥]، واختاره ابنُ إدريسَ [٦].

ويُضعَّف بأنّ إلزامَهُ بالثمن في مقابلة المَبيعِ في حال العيب ضررٌ [٧]، وهو منفيٌّ بقوله ﷺ: «لا ضررَ ولا ضرارَ» [٨]. لا يقال: الضررُ يزول بالردِّ؛ لأنّا نقول: حكم المُعاوضة اقتضى تَمَلُّكَ المَبيعِ، والردُّ إبطالٌ لها، وهو معنى الضرر.

---

١. النهاية، ص ٣٩٥.
٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٠٩، المسألة ١٧٠؛ وانظر المهذّب، ج ١، ص ٣٩٢ـ٣٩٣.
٣. الكافي في الفقه، ص ٣٥٥.
٤. المبسوط، ج ٢، ص ١٢٧.
٥. الخلاف، ج ٣، ص ١٠٩، المسألة ١٧٨.
٦. السرائر، ج ٢، ص ٣٠٥.
٧. لاحظ مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢١٠، المسألة ١٧٠.
٨. الكافي، ج ٥، ص ٢٨٠، باب الشفعة، ح ٤ وص ٢٨٢ ـ ٢٨٤، باب الضرار، ح ٢، ٦، ٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ٧٦، ح ٣٣٧١ وص ٢٣٣، ح ٣٨٦٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦ـ١٤٧، ح ٦٥١ وص ١٦٤، ح ٧٢٧.

● ولو حَدَثَ فيه عَيْبٌ في الثلاثَةِ مِنْ غَيرِ جِهَةِ المشتَري لم يُمْنَعْ ردُّ المشتَري بالخيارِ في الثلاثَةِ، والوجهُ جوازُ إلزامِ البائعِ بالأرشِ، ولوحَدَثَ بعدَ الثلاثةِ مُنِعَ الردُّ بالسابقِ.

ولو باع الحاملَ فَالْوَلدُ له، إلّا أنْ يَشْتَرِطَهُ المشتَري، ولو شَرَطَهُ فَسقطَ قبلَ القبضِ رجع المشتَري بِنَصيبِهِ منَ الثمنِ، بأنْ تُقَوَّمَ حاملاً ومُجْهِضاً، ويَرجع بنسبةِ التفاوتِ منَ الثمنِ.

والعبدُ لا يَمْلِكُ وإنْ مَلَّكَهُ مُولاهُ، فلو اشتَراهُ كان ما معه للبائع، ولوشَرَطَهُ المشتَري صَحَّ إذا لم يَكُنْ رِبَوِيّاً أو زاد الثمنُ ● ولو قال: اشْتَرِني ولَكَ عَلَيَّ كذا لم يلزم مطلقاً على رأي.

قوله ﷺ: «ولو حَدَثَ فيه عَيب في الثلاثة من غير جِهَةِ المشتَري لم يُمنع ردُّ المشتَري بالخيار في الثلاثة، والوجهُ جوازُ إلزامِ البائعِ بالأرش».

أقول: علّة كون هذا هو الوجه يظهر من المسألة السالفة، ولكن هنا فائدةٌ وهي أنّ الردَّ هنا هل هو بالخيار أو بالعيب الحادث؟ قال المحقّق نجمُ الدين: بالأوّلِ[1]، ونقل عن شيخه ابن نماء في الدرس الثاني[2]. وتظهر الفائدةُ في الردّ بعد الثلاثة، فعند ابن نماءٍ يجوز وفي قوله قوّةٌ.

قوله ﷺ: «ولو قال: اشتَرِني ولك عليَّ كذا، لم يلزم مطلقاً على رأي».

أقول: هذا مذهبُ ابن إدريسَ، بناءً على أنّ العبد لا يَملِكُ شيئاً مطلقاً[3]. وقال الشيخ في النهاية[4] وابنُ البرّاج: إنْ كان له حالةَ القول مالٌ لَزِمَهُ وإلّا فلا[5]، تعويلاً على رواية فُضَيل

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٥١: ولو حدث فيه عيبٌ من غير جِهَةِ المشتَري، لم يكن ذلك العيب مانعاً من الردّ بأصل الخيار. وفي ص ٣٢: وما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل الانقضاء الخيار لايمنع الردّ في الثلاثة.

٢. لم نعثر عليه في كتب المحقّق، ولا على من حكاه عنه من المتقدّمين على الشهيد ولا من المتأخّرين عنه، سوى الشهيد الثاني في مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٣٠٤؛ والعاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٦٢٧.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٣٥٢ـ٣٥٣.

٤. النهاية، ص ٤١٢.

٥. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٧، المسألة ٢٢٤.

ويُكْرَهُ التفرِقَةُ بينَ الأطفالِ وأُمَّهاتِهِمْ قبلَ بُلوغِ سَبعِ سِنينَ، و وطءُ مَنْ وُلِدَ مِنَ الزِنى، وأنْ يَرى العبدُ ثَمَنَهُ في المِيزانِ.

ويجبُ استبراءُ الأَمَةِ قبلَ بَيْعِها مع الوطء بحيضةٍ أو بخمسةٍ وأربعينَ يوماً، وكذا المشتَري، ويَسقُطُ لو أخبَرَ الثِقَةُ بالاستبراءِ، أو كانت لامرأةٍ، أو آيسةً، أو صغيرةً، أو حاملاً، أو حائضاً.

ويحرمُ وطءُ الحاملِ قُبُلاً قَبْلَ مُضِيِّ أربعة أشهرٍ وعَشرةٍ، ويُكْرَهُ بعدَه، فإنْ وَطِئَ عَزَلَ، ولو لم يَعْزِلْ كُرِهَ بَيعُ وَلَدِها واستُحِبَّ عَزلُ نصيبٍ منْ مِيراثِهِ.

ويجوزُ شِراءُ ما يَسبيه الظالِمُ مِنَ الكافِرِ، وأُختِه وبنتِهِ وزوجتِه.

وكلُّ حربيٍ قَهَرَ حَربيّاً صحّ الشِراءُ منه، ولو قَهَرَ مَنْ ينعتقُ عليه ففي صحّةِ بَيْعِه نظرٌ، يَنْشَأُ مِنْ دوامِ القهرِ المبطل للعتقِ لو فُرِضَ، ودوامِ القَرابةِ الرافعةِ للملك بالقَهرِ. والتحقيقُ، صَرفُ البيع إلى الاستِنْقاذِ وثبوتِ مِلكِ المشتَري بالتسلُّطِ.

ـ فإنْ كان ابنَ يسارٍ فهي صحيحةٌ ـ قال: قال غلامٌ سِنديٌّ لأبي عبدالله ﷺ: إنّي قلتُ لمولايَ: بعني بسبعمائة درهمٍ وأنا أُعطيكَ ثلاثمائةَ درهمٍ، فقال له أبوعبدالله ﷺ: «إنْ كان يومَ شَرَطتَ لك مالٌ فعليكَ أنْ تُعطِيَه، وإنْ لم يكن لك يومئذٍ مالٌ فليس عليك شيءٌ»[1].
ويُشكِلُ بأنّ الجعالة هنا للبائع وتسمية المشتَري بائعاً بعيدٌ.

وفي صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله ﷺ في الرجل يَبيعُ المملوكَ ويَشترِطُ عليه أنْ يَجعلَ له شيئاً قال: «يجوز ذلك»[2]، وربما حُمِلَ المشتري على البائع، وإنْ كان صورةُ السؤال في البائع. ويمكن الفرقُ بينَهما بأنّ اشتراطَ البائع كالاستثناء لماله، واشتراط المشتَري إثباتُ المال في ذمّة عبده، فافترقا.

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢١٩ـ٢٢٠، باب العبد يسأل مولاه...، ح ١ـ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٧٤، ح ٣١٥؛ وج ٨، ص ٢٤٦، ح ٨٨٧.
٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٦٨، ح ٢٩١؛ ورواها مرسلاً الصدوق في الفقيه، ج ٣، ص ٢٢٠، ح ٣٨١٧.

● ولو ظَهَر استحقاقُ ما أولده رَدَّ الأُمَّ على المالكِ، وغَرِمَ عُشْرَ القِيمَةِ مع البَكارةِ، وإلّا نِصفَه، وقيمةَ الولدِ يَومَ سقوطِه حيّاً، ورجع على البائعِ بالثَمنِ وقِيمةِ الوَلَدِ دونَ العُقْرِ على رأي.

● ولو كانتِ الجاريةُ سُرِقَتْ مِنْ أرضِ الصُلح رَدَّها على البائعِ أو وارثِه واسْتعادَ الثمنَ، ولو فُقد الوارثُ سُلِّمتْ إلى الحاكمِ، ولا تُستسعى في ثمنها على رأي.

قوله ﷺ: «ولو ظهر استحقاقُ ما أولده رَدَّ الأُمَّ على المالك، وغَرِمَ عُشرَ القِيمة ـ إلى قوله: ـ دون العُقْرِ على رأي».

أقول: هذه المسألةُ مرَّ ذكرُ المخالف فيها وتوجيه الخلاف [١]، وليس الفرقُ بين هذه وتلك إلّا أنّ في تلك حَكى الخلافَ في الصُوف واللَبَنِ وهنا في العُقْرِ، وهما في الحُكْم واحدٌ.

قوله ﷺ: «ولو كانَتِ الجاريةُ سُرِقَتْ من أرضِ الصُلح رَدَّها على البائع أو وارثه واستعاد الثمنَ، ولو فُقِدَ الوارثُ سُلِّمَتْ إلى الحاكم، ولا تُستَسعى في ثَمنِها على رأي».

أقول: نَبَّهَ بقوله: «على رأي» على ما ذكره نجمُ الدين من أنّه يـردُّها عـلى المـالك [٢]. واختاره المُصَنِّفُ في المختلف [٣]، نعم له الرجوع على البائع بالثمن مع الجهل أو على وارثه.

وأمّا عدمُ استسعائها فهو مذهب ابن إدريسَ [٤] ونجمِ الدينِ [٥] إلّا أنّ ابـنَ إدريسَ قـال: تُحفظ كاللُقَطَة، ونجم الدين قال: تُدفَعُ إلى الحاكم، كما اختاره المُصنِّفُ.

وذهب الشيخُ في النهاية [٦] وتَبِعَهُ ابنُ البرّاج إلى ردِّها على البائع، فإنْ فقد فوارثه، فإنْ فقد استُسعِيَت [٧]، تعويلاً على رواية مسكينِ السمّان عن أبي عبدالله ﷺ، قال: سألته عن

---

١. مرّ في ص ٣٤ ـ ٣٥.
٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٥٤؛ المختصر النافع، ص ٢١٩.
٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦٢، المسألة ٢٢٩.
٤. السرائر، ج ٢، ص ٣٥٦.
٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٥٥؛ المختصر النافع، ص ٢١٩.
٦. النهاية، ص ٤١٤.
٧. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦٢، المسألة ٢٢٩؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٤٢، ولم نعثر عليه في كتابيه.

ولو وطىءَ أحدُ الشريكينِ سقط الحدُّ مع الشبهةِ، وإلّا قُدِّرَ نَصِيبُه، فإنْ حملت قُوِّم عليه حِصَصُ الشركاءِ من الأُمِّ والولدِ يومَ سقوطِه حيّاً. ولو اشترَى عبداً في الذمّةِ، فدُفع إليه عبدَين ليتخيَّرَ أحدَهُما، فأبَقَ واحدٌ ضمِنَ التالِفَ بقيمتِه وطالبَ بما اشتراهُ.

ولو دُفع إلى مأذونٍ مالاً ليشتَريَ نَسَمَةً ويُعتِقَها وَيَحُجَّ بالباقي، فاشترَى أباهُ، ثمّ ادّعى كُلٌّ مِنْ مولاه ومولى الأبِ وورثةِ الآمِرِ شراءَه مِنْ مالِه، حُكِمَ به للمأذونِ، إلّا أنْ يُقيمَ أحدُ الآخَرينَ البيّنةَ بما ادّعاهُ.

ولو اشترَى كلٌّ مِنَ المأذونَيْنِ صاحبَهُ مِنْ مولاه صَحَّ عقدُ السابقِ، ولوِ اقْتَرنا بَطَلا.

ويُستحبُّ تَغْييرُ اسْمِه، وإطعامُهُ الحَلاوةَ، والصَدقةُ عنه.

المطلبُ الثالثُ في الصرفِ

إنّما يَصِحُّ بيعُ الأثمانِ بمثلِها مع التقابضِ قَبْلَ التفرُّقِ، فلو تفرَّقا قبلَهُ بَطَلَ، ولو قَبض البعضَ بطل في الباقي، ولو فارقا مُصْطَحِبَيْن أو وَكَّلَ في القبضِ فقبض الوكيلُ قبلَ التفرُّقِ صحّ.

وإذا اتّحدَ الجنسُ وجب التساوي قَدْراً وإنِ اخْتلفا في الجَوْدَةِ والرِداءَةِ والصَنعةِ، وإذا اخْتلفا فيه جاز الاختلافُ.

رجلٍ اشترى جاريةً سُرِقَتْ من أرض الصلح، قال: «فليردَّها على الذي اشتراها منهُ ولا يَقرَبُها إنْ قَدَرَ عليه» قلت: جُعِلتُ فداك فإنْ مات ومات عَقِبهُ، قال: «فليستسعِها»[1]. ومسكين عند المُصَنِّفِ مجهولٌ[2]، وباقي الطريق صحيحٌ. وتنزيلُها: إنّ مالَ الكفّار فَيءٌ في الحقيقة للمسلمينَ، وثبوتُ اليد لمسلم عليها بعوضٍ مدفوعٍ تعذَّرَ عليه استرجاعه سلّطه على استسعائها، جمعاً بين حقّه وحقّ أهل الصلح، وأمّا الردُّ على البائع؛ فلأنّه لم يصرِّحْ بأنّه سارقٌ، ويده أقدم ومخاطبته بالردّ ألزم، خصوصاً مع بُعْدِ دارالكفر.

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٣، ح ٣٥٥.

٢. قال العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦٢، المسألة ٢٢٩: ومسكين لايحضرني الآن حاله، فإن كان ثقةً فالرواية صحيحةٌ. ولم نعثر عليه في رجاله.

والمغشوشُ من النقدَينِ يُباع بالآخَر مع جهلِ الغِشّ، ومع علمِه يجوزُ بصافِيهِ مع زيادةٍ تُقابل الغِشَّ.

ومعدِنُ أحدِهما يباعُ بالآخَر، ولو جُمِعا جاز بيعُه بهما.

والمَصُوغُ مِنَ النقدينِ يُباع بهما أو بغيرِهما إنْ جُهل قدرُ كلٍّ منهما وأمكنَ تَخليصُه، وإنْ لم يُمكِنْ بيعَ بالأقلِّ، ومع التساوي بهما، ولو عُلم كلٌّ مِنْهما جاز بيعُه بجنسِه متساوياً، وبغيرِ الجنسِ مع التفاوتِ وعدمِه.

والمَراكبُ المُحَلّاةُ والسيوفُ تُباعُ بغيرِ جنسِ الحِلْيَةِ مع الجهلِ، أو بالجنسِ مع العلمِ والزيادةِ أو الاتّهابِ.

ولوكان له عليه دراهمُ فاشْتَرى بها دنانيرَ أو بالعكسِ صَحَّ وإنْ لم يَتَقابضا، ولو زاد الثمنُ عن المقدَّر بما تجري العادةُ به فهو للبائعِ، وإلّا فللمشتَري ● و رُوِي تجويزُ بَيعِ درهمٍ بِدرهمٍ مع شَرْطِ صِياغةِ خاتمٍ.

قوله ﷺ: «ورُويَ تجويزُ بَيعِ درهمٍ بدرهمٍ مع شرطِ صِياغة خاتَمٍ».

أقول: هذه الروايةُ رواها أبو الصباح الكِناني عن أبي عبدالله ﷺ، قال: سألته عن الرجل يقول للصائغ: صُغ لي هذا الخاتَمَ وأُبَدِّلُ لك درهماً طازَجاً بدرهم غِلَّةٍ قال: «لابأس»[1]. واختار الشيخُ[2] وابنُ إدريسَ العملَ بمضمونها[3]، وعدّاها الشيخُ إلى غير ذلك من الأشياء[4]، والظاهر أنّه لا دلالة مطابقيّة في الخبر على ما اختارهُ الشيخ، بل على جعل الإبدال شرطاً في صياغة الخاتَم ولكن بالالتزام.

قلت: الطازَجُ ـ بالطاء المهمَلَة والزاء والجيم ـ: النقيُّ الخالص[5]، ويقال للكثيرةِ: طازَجَةٌ، وهو فارسيٌ مُعَرَّبٌ، أصله تازه، ذكرها ابنُ الجواليقي في المعَرَّب[6]. وأمّا الغِلَّة

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٤٩، باب الصروف، ح ٢٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٠، ح ٤٧١.

٢. النهاية، ص ٣٨١.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٢٦٧.

٤. النهاية، ص ٣٨١.

٥. لسان العرب، ج ٢، ص ٣١٧؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٣، ص ١٢٣، «طزج».

٦. المُعَرَّب، ص ٢٢٩، باب الطاء، «طزج».

ولو اشترى بنصفِ دينارٍ لزمه شِقُّ دينارٍ، ولو أرادَ النصفَ صحيحاً عُرفاً أو نُطقاً لزم.

وترابُ الصِياغةِ يُباع بالنقدَينِ معاً أو بغيرهما، ويُتَصدَّقُ بالثمنِ لجَهالةِ أربابه.

● والأثمانُ تتعيّنُ بالتعيين، فلوِ اشترى أحدَ النقدينِ بالمثل مُعيَّناً فوجدهُ مِنْ

فهي المُكَسَّرة من الدراهم، كما يقال لمُكَسَّر الذهب: قُراضة. ذكره ابنُ إدريسَ[1].

قوله ﷺ: «والأثمانُ تَتَعيَّنُ بالتعيين».

أقول: هذا تنبيهٌ على خلافِ بعض العامّة، فإنّ مذهَبَهُ أنّها لا تتعيّن بالتعيين بل يجوز أنْ يُسلِّمَ غيرَ ما وقع عليه العقدُ[2].

والحقُّ أنّها تتعيّن وإلّا لزم عدمُ الإيفاء بالعقود؛ ولأنّ المقتضي لِتَعيُّنِ العَرَضِ هو العقد، وهو حاصلٌ في الثمن من غير تفرقةٍ، فيتعيَّن كالعَرَضِ.

ولما روي عنه ﷺ أنّه قال: «لا تَبيعوا الذَهَبَ بالذَهبِ ولا البُرَّ بالبُرِّ ولا الشَعيرَ بالشعيرِ ولا التمرَ بالتمرِ إلّا سواءً عيناً بعينٍ»[3]. وفي قوله ﷺ: «عيناً بعينٍ» إشارةٌ إلى تعيينها.

قالوا: تعيينها غررٌ فيكون منهيّاً عنه[4]. أمّا الصغرى؛ فلجواز عدمها، أو ظهورها مستحقّةً فينفسخ البَيع. وأمّا الكبرى، فظاهرة، ولا تُعارَضُ بالدين؛ لجواز عدم حصوله، وبالمُثمَنِ؛ لجواز عدمه.

فيجابُ: بأنّ الغرر وإنْ تحقَّقَ في الدَينِ، إلّا أنّه لا يلزم منه فواتُ البَيع. غايتُه إمكان الفسخ لا وقوعُه. وأمّا المُثمَن فإنّما يَتعيَّنُ حَذَراً من بَيعِ الدَينِ بالدَينِ، ولِمَسِّ الحاجةِ إلى تعيينه بخلاف الثَمن؛ فإنّ غيرَه يقوم مقامَه غالباً؛ ومن ثَمّ لم يُماحِك[5] أهلُ العرف في درهمٍ دون درهمٍ.

---

١. السرائر، ج ٢، ص ٢٦٧.

٢. هو أحمد بن حنبل على ما في المغني، ابن قدامة، ج ٦، ص ١٠٣، حيث قال: والدراهم والدنانير تتعيّن بالتعيين... وعن أحمد أنّها لا تتعيّن بالعقد فيجوز إبدالها؛ وحكاه عنه أيضاً حلية العلماء، ج ٤، ص ١٥٦.

٣. الخلاف، ج ٣، ص ٦٧، المسألة ١١٠؛ السنن الكبرى، ج ٥، ص ٤٥٤، ح ١٠٤٧٦؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٥٧، ح ٢٢٥٤.

٤. تقدّم تخريجه في ص ٣٨، الهامش ٢.

٥. المَحك: المُشارّة والمُنازعة في الكلام والمَحك: التمادي في اللجاجة عند المُساومة والغضب ونحو ذلك، والمُماحَكة: الملاجّة. لسان العرب، ج ١٠، ص ٤٨٦، «محك».

غيرِ الجنسِ بطَل، وكذا لو باع ثوبَ كتّانٍ فخرج صُوْفاً أو إبريسماً. ولو وجد البعضَ بطَل فيه، ويَتخيَّرُ المشتَري وليس له الإبدالُ ● ولو كان منه مَعيباً فلهُ الردُّ أو الإمساكُ بغيرِ شيءٍ، وليس له ردُّ المعيبِ وَحْدَه ولا الإبدالُ. ولو كان غيرَ معيَّنٍ فوجدهُ مِنْ غيرِ الجنس فله الإبدالُ قبلَ التفرّقِ، وبعدَه يَبْطُلُ، ولو وجد منه مَعِيباً فله الردُّ أو الإمساكُ بغير أرشٍ، والبدلُ وإنْ تفرّقا.

ويجوزُ إخراجُ الدراهم المَغْشُوشَةِ مع جَهالةِ الغِشِّ إذا كانتْ معلومةَ الصرفِ بينَ الناسِ، ولا يجوزُ إذا كانتْ مَجْهولةَ الصرفِ إلّا بعدَ الإعلامِ. ويجوزُ أنْ يُقْرِضَهُ شيئاً ويَشْتَرِطَ أنْ يَنْقُدَهُ بأرضٍ أُخرى.

قلنا: نَمنَعُ الصُغرى، فإنّ الغررَ احتمالٌ مجتَنَبٌ عنه في العرف، بحيث لو تركه وُبِّخَ عليه، وما ذُكِرَ لا يخطُر ببالٍ فضلاً عن اللومِ عليه. سلّمنا أنّ فيه غَرَراً لكن لاعموم للنهي عن بيع الغرر [١]، فإنّه يتناول بَيعاً واحداً فيُحملُ على صورة بَيع الطير في الهواء وشِبهه.

ثمّ لوكان تعيين المثْمَنِ حَذَراً من بَيعِ الدَّينِ بمثله لم تتعيَّن الأعراض لو جُعِلتْ أثماناً، للخروج عن العهدة بتعيين المُثْمَن، وقد يتعلّق بالثَمَنِ غرضٌ لا بالبَيعِ [٢] كَجودةِ السكّة، وقفيزٍ من صُبْرَةٍ متساويةٍ، وهذه المسألةُ قاعدةٌ لما بعدها من المسائلِ.

قوله ﷺ: «ولو كان منه مَعيباً فله الردُّ أو الإمساكُ بغير شيءٍ ـ إلى أنْ قال: ـ ولو وجد منه معيباً فله الردُّ أو الإمساك بغير أرشٍ والبدل وإنْ تفرّقا».

أقول: الضمير في قوله: «منه» يَرجِعُ إلى «الجنس»، أي لو كان الثمنُ معيباً من الجنس فله الردُّ أو الإمساكُ بغير شيءٍ وإلّا يلزمُ الربا، وكذا في الصورة الأُخرى وهي قوله: «ولو وجد منه معيباً» يعني في صورةِ عدمِ التعيين، لو وجده أي وَجَد العوضَ الصائرَ إليه معيباً من الجنس فله الردّ والإمساك بلا أرشٍ، لكن هنا له البدل وهناك يَبطل مع الردِّ.

---

١. تقدَّم تخريجها في ص ٣٨، الهامش ٢.

٢. في «ن، ح»: «بالمبيع» بدل: «بالبيع».

المقصدُ الثالثُ في أنواعها

وفيها ثلاثةُ مطالبَ:

المطلبُ الأوّلُ في النقد والنسيئة

مَنْ باع مُطلَقاً أو شَرَطَ تعجيلَ الثمنِ كان الثمنُ حالاً، وإن شَرَط التأجيلَ لزم إنْ كانَ مضبوطاً، وإلّا بَطَل.

ويبطلُ لو باعه بِثَمَنَيْنِ إلى أجلَيْنِ، أو إلى أجلٍ بثمن، وحالاً بدونه.

● ولو باع نَسِيئةً ثمّ اشْتَراهُ قبلَ الأجلِ مِنْ غيرِ شرطٍ في العقدِ صَحّ بأزيدَ وأنقصَ حالاً ومؤجّلاً، ولو حلّ الأجلُ فاشْتراه بغير الجنس صحّ، سَواءٌ ساواهُ أوْ لا، وإنْ كانَ بالجنسِ صَحّ مع المساواةِ، والأقوى الجوازُ مع التفاوتِ.

قوله ﷺ: «ولو باع نَسيئةً ثمّ اشتراهُ قبلَ الأجل من غير شرطٍ في العقد صحّ بأزيدَ وأنقصَ حالاً ومؤجّلاً، ولو حلّ الأجلُ فاشتراه بغير الجنسِ صحّ سَواءٌ ساواهُ أولا، وإنْ كان بالجنسِ صحّ مع المساواةِ، والأقوى الجوازُ مع التفاوتِ».

أقول: هنا مباحثُ:

الأوّل: إذا باع بثمنٍ مؤجّلٍ ثمّ اشترى المبيعَ قبلَ أجله بلا شرطٍ أنْ يشتريَهُ صحّ؛ لعموم ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1].

الثاني: الصورةُ بحالها، لكن شَرَطَ في متن العقدِ أنْ يشترِيَه، فإنّه يَبطُل؛ لعدم القصدِ إلى حقيقةِ الإخراج عن ملكه، حيث لم تُقْطع علاقَةُ المِلك منه؛ ولأنّه يلزم توقّفُ شرائهِ من المشتَري على تَمَلُّكِ المشتَري قطعاً الموقوفِ على صحّة البَيعِ الموقوفِ على حصول

---

١. البقرة(٢): ٢٧٥.

ولا يجبُ دفعُ الثمنِ قبلَ الأجلِ ولا قَبْضُه، ويجب بعدَ الأجلِ، فإنِ امْتنع دَفَعَهُ

شرطه ـ أعني الشراءَ ـ فيتوقّفُ الشيء على نفسه، وأنّه مُحالٌ.

وفيه نظرٌ؛ لأنّا لا نسلّمُ توقّف صحّةِ البَيع على حصول شرطِهِ بل توقُّفَ لزومِهِ، ولا يلزم من رفعِ اللزوم رفعُ الصحّة؛ لأنّه أخصُّ، ورفع الأخصّ أعمُّ من رفع الأعمّ، والعامُّ لا يستلزم الخاصَّ؛ ولأنّه يَصحُّ اشتراطُ عتقِهِ وبَيعِه على الغير وهذا الدورُ آتٍ فيه، بل الأولى في الاستدلال ما ذُكِرَ أوّلاً وإنْ كان على المسألة إجماعٌ فلابحثَ ولافرقَ في هاتَينِ الصورتَينِ بين الزيادةِ والنقيصةِ، والمساواةِ والجنسيّةِ وعدمِها. والحلولِ والتأجيلِ، ومضروب ذلك في الصورتَينِ، ستَّ عشرةَ مسألة.

الثالث: حلُّ الأجَلِ، فالمسائل الستَّ عشرةَ آتيةٌ هاهنا والخلاف مختصٌّ بأربعٍ:

الأُولى: بَيعُه بجنسه مع زيادةٍ.

الثانية: به مع نقيصةٍ حالَّينِ ومؤجّلَينِ[1].

ويُحتَملُ انسحابُ الخلاف في صورةٍ أُخرى، وهو أنْ يبيعَه بجنسه مساوياً، لكنّه مؤجّلٌ؛ لأنّ الأجلَ زيادةٌ. فالشيخُ المفيدُ[2] ومتابعوه على الجواز، كابنِ إدريسَ[3] وابني سعيدٍ[4]، ونقله المُصَنِّفُ عن والده[5]؛ لقضيّة الأصل، ولعموم الآية[6]، ولأنّه عقدٌ فيجب الوفاء به؛ لعموم ﴿أَوْفُوا﴾[7]، ولأنّ الناسَ مُسلَّطونَ على أموالهم[8]، ولرواية بشّار بن يسار قال: سألتُ أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاعَ بنَسَاءٍ فيشتريه من صاحبه الذي يبيعُهُ منه،

١. هكذا في جميع النُسخ، والمسائل الأربعة هي: الأُولى: بيعه بجنسه مع زيادةٍ حالاً. الثانية: بيعه بجنسه مع نقيصةٍ حالاً. الثالثة: بيعه بجنسه مع زيادةٍ مؤجّلاً. الرابعة: بيعه بجنسه مع نقيصةٍ مؤجّلاً.

٢. المقنعة، ص ٥٩٦.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٢٨٧.

٤. المحقّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠؛ ويحيى بن سعيدٍ في الجامع للشرائع، ص ٢٧٣.

٥. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٥٤، المسألة ١١٤.

٦. البقرة (٢): ٢٧٥: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوٰا﴾.

٧. المائدة (٥): ١.

٨. الخلاف، ج ٣، ص ١٧٦، المسألة ٢٩٠؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٢٤٧، المسألة ١١٧.

إلى الحاكمِ، فإنْ تَلِفَ عندَ الحاكمِ فَمِنَ البائعِ، وكذا كلُّ حقٍّ حالٍّ أو مؤجّلٍ حَلَّ فامْتنع صاحبُه مِنْ قبضه.

قال: «نعم لابأسَ به» [1]. وتركُ الاستفصال يُسلِّطُ على فهم العموم.

واستدلَّ المُصَنِّفُ في المختلف [2] برواية عُبَيْد بنِ زُرارة قال: سألتُ أبا عبدالله ﷺ عن رجلٍ باع طعاماً بدراهمَ إلى أجلٍ، فلمّا بلغ الأجلُ تقاضاهُ، فقال: ليس عندي دراهمُ، خُذْ منّي طعاماً، قال: «لابأسَ به إنّما له دراهمُه يأخذ بها ماشاء» [3]. ولم يَذْكُر وجهَ دلالتِه، وليس ظاهرُ الدلالةِ على المطلوب؛ لأنّ قوله: «لابأسَ به» وإنْ عادَ إلى الطعامِ، فليس بلازمٍ أنْ يكونَ عينَ المبيعِ، وليس النزاع إلّا فيه هنا، وإنْ كان الشيخُ في الخلاف مَنَعَ من شراءِ طعامٍ بها زائدٍ [4]؛ لاستلزامه بَيْعَ الطعام بالزيادة. سلَّمنا أنّه عائدٌ إلى عينِ المبيع لكن لا تصريحَ بِشرائه بنقيصةٍ أو بزيادةٍ، فإنِ استدلّ بقوله: «يأخذُ بها ماشاء» منعنا عمومَهُ. سلَّمناه، لكنّ الشمولَ للطعامِ المبيعِ بأنْ يأخُذَ بعضَهُ بدراهمه أو أزيدَ منه بها، وهو غير المتنازَع؛ إذ النزاعُ في أنّه يأخذ بأقلَّ من دراهمِه أو أزيدَ منها، وليس ذلك عينَ هذا، ولامستلزماً له، غايتُه أنّ أخْذَهُ ببعضِ دراهمه يُشبهُ أخذ أزيدَ منه بجميع دراهمه في أنّه إضرارٌ بالمشتري. وأخذُ بعضه بدراهمه يشبهُ أخذَهُ بأزيدَ من دراهمه؛ لأنّه حيفٌ على البائع.

وقال الشيخ في النهاية [5] وتَبِعَهُ جَماعةٌ: لا يجوز بَيْعُهُ بنقيصةٍ [6]. وفي التهذيب ولا بزيادةٍ [7]، وذلك أنّه لمّا أوردَ هذه الروايةَ ثمّ أوردَ روايةَ خالدِ بنِ الحَجّاج، قال:

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٠٨، باب بيع النسيئة، ح ٤؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢١٤، ح ٣٧٩٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧، ح ٢٠٤.

٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٥٥، المسألة ١١٤.

٣. الكافي، ج ٥، ص ١٨٦، باب السلم في الطعام، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣، ح ١٣٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٧، ح ٢٥٦.

٤. الخلاف، ج ٣، ص ١٠١، المسألة ١٦٦.

٥. النهاية، ص ٣٨٨.

٦. لم نعثر على قائلٍ تَبِعَ الشيخ ﷺ في هذه المسألة. وقال العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٤٣٤: لكن الشهيد قال: تبعه جماعة ولم نظفر بهم.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣، ذيل الحديث ١٣٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٧، ذيل الحديث ٢٥٦.

ويجوز بَيعُ المتاعِ حالاً ومؤجّلاً، بأزيدَ مِنْ ثمنِه أو أنقصَ مع علمِهما بالقِيمَةِ، ولا يجوزُ تأخيرُ الحالِّ بالزيادةِ، ويجوزُ تعجيلُه بإسقاطِ بَعضِه.

سألتُ أبا عبدالله ﷺ عن رجلٍ بعتُهُ طعاماً بتأخيرٍ إلى أجلٍ مسمّى، فلمّا جاء الأجلُ أخذتُه بدراهمي قال: ليس عندي، لكن عندي طعامٌ فاشترِهِ منّي، فقال: «لا تشترِهِ منه فإنّه لا خيرَ فيه»[1]، حَمَلَ الروايةَ الأُولى[2] على المساواةِ، والثانيةَ[3] على الزيادةِ أو النقيصةِ[4]؛ جمعاً بينهما.

قلت: وهذا الطعامُ أيضاً غَيرُ مقطوعٍ بأنّه المَبيعُ، غايةُ ما في الباب أنّه لو لم يكن المبيعُ لم يتحقّقِ المَنع؛ للإجماعِ[5] على جوازِ غيرِه.

وأصرح منها ما رواهُ عَبدُ الصمد بنِ بشيرٍ قال: سألهُ محمّدُ بنُ القاسم الحَنّاط، فقال: (أصلحك اللهُ) أبيعُ الطعامَ من الرجل إلى أجلٍ فأجيءُ وقد تغيّر سِعرُ الطعامِ فيقول: ليس عندي دراهم، قال: «خُذْ منه بسِعْرِ يومِهِ» قال: أفهم (أصلَحك اللهُ) إنّه طعامي الذي اشتراهُ منّي، قال: «لا تأخذ منه حتّى يبيعَهُ ويُعطيَك» قال: أرغم اللهُ أنفي، رخّصَ لي فرددتُ عليه فشدّد عَلَيَّ[6]. والظاهر أنّ المسؤولَ هو الإمام عملاً بقرينة حالِ المقالِ والراوي.

واستُدِلَّ بروايةِ الحلبي عن أبي عبدالله ﷺ أنّه سألَهُ عن رجلٍ اشترى ثوباً ثمّ ردَّهُ على صاحبه فأبى أنْ يَقْبَلَهُ إلّا بوضيعةٍ؟ قال: «لا يصلَحُ له أنْ يأخذَهُ بوضيعةٍ فإنْ جَهِلَ وأخذه فباعه بأكثرَ من ثمنه رَدَّ على صاحبه الأوّل ما زاد»[7]. والراويةُ صحيحةٌ إلّا أنّها ليست نصّاً

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣، ح ١٣٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٦، ح ٢٥٥.

٢. أي رواية عبيد بن زرارة.

٣. أي رواية خالد بن حجاج.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٣، ذيل الحديث ١٣٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٧، ذيل الحديث ٢٥٦.

٥. في «س، م»: «للاشتهار» بدل «للإجماع».

٦. الفقيه، ج ٣، ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨، ح ٣٧٨٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥، ح ١٤٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٧، ح ٢٥٧.

٧. الكافي، ج ٥، ص ١٩٥، باب بيع المتاع وشرائه، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢١٧، ح ٣٨٠٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٦، ح ٢٤٢.

المطلبُ الثاني في السلف

وفيه بحثانِ:

[البحثُ] الأوّلُ في شرائطه، وهي ثمانية:

الإيجابُ كـ«بعتُ» أو «أسلفتُ» أو«أسلمتُ»؛ والقبولُ.

وذكرُ الجنسِ والوصفِ الرافعِ للجَهالةِ، لا مِنْ كُلِّ وَجه، بل مِنَ الوَجْـه الذي تختلفُ الأغراضُ بتفاوتِه.

وقبضُ الثمنِ قبلَ التفرُّقِ، فلو تَفرَّقا قبلَهُ بطَل، ولو قُبض البعضُ صحَّ فـيما قابَله خاصّةً.

على المطلوب، والظاهر أنّ المردودَ على جهة الإقالة، وقد نفى الأصحابُ جوازَ الزيادةِ فيها والنقيصة وأبطلوها بها. وهذه الروايةُ تصلُح حجّةً على ذلك. سلّمنا لكن قوله: «لا يصلح» من عبارات الكراهية في بعض الموارد.

واستُدِلَّ أيضاً بروايةِ محمّد بنِ قَيْسٍ عن أبي جعفرٍ ﷺ، قال، قال أميرُالمؤمنينَ ﷺ: «من اشتَرى طعاماً أو عَلَفاً إلى أجلٍ فلم يَجِدْ صاحِبَه وليس شرطُهُ إلّا الوَرِقُ فإنْ قال: خُذْ منّي بسِعْرِ اليومِ وَرِقاً فلا يأخذُ إلّا طعامَهُ أو عَلفَهُ. فإنْ لم يَجِدْ شرطَه وأخَذَ وَرِقاً لامحالةَ قبل أنْ يأخذَ شرطَهُ فلا يأخذُ إلّا رأسَ مالِهِ، لا تَظلِمونَ ولا تُظلَمونَ»[1]. وهذه الروايةُ ذكرها فـي التهذيبِ في باب السَلَمِ[2]، وهي صريحةٌ فيه فلا دَلالةَ فيها، ولمّا كان أدِلّةُ المجوّزينَ خاليةً عن المعارضِ، وأدِلّةُ المانعين غيرَ ناهضةٍ بالمطلوب، قوّى المُصَنِّفُ الجوازَ، ووجهُهُ ما تقدَّمَ[3].

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢، ح ١٣٤؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٥، ح ٢٥٠، وذيل الحديث إشارةٌ إلى آية ٢٧٩ من سورة البقرة: ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾.

٢. لم يذكر الشيخ‌ﷺ في تهذيب الأحكام باب السلم، بل أورد رواياته في باب بيع المضمون.

٣. تقدّم قُبَيْلَ هذا.

وتقديرُ المبيعِ بالكيلِ والوزنِ المَعْلومَيْنِ إنْ دَخَلا فيه، ولو أحالا على مِكْيالٍ مَجْهولِ القدرِ لم يَصحّ وإنْ كانَ مُعَيَّناً.

وتقديرُ الثَمَنِ كذلك، ولا تكفي المشاهَدَةُ، ولا يصحُّ في المَذْروعِ جزافاً ويصحُّ فيه أذرُعاً، ولا يجوزُ في القَصَبِ أطناناً، ولا الحَطَبِ حُزَماً، ولا المـاء قِـرَباً، ولا المعدودِ عَدَداً مع اخْتلافِ قدرِه، ولا المَجْزوزِ جزَزاً.

وتَعيينُ الأجلِ بما لا يحتملُ الزيادةَ والنقصانَ، فـلو شـرط قُـدومَ الحـاجِّ أو إدراكَ الغلّاتِ لم يَجُزْ.

وغلبةُ وجودِهِ وقتَ الحلول، فلا يصحُّ اشْتِراطُ أجلٍ لِفواكِهَ لا تُوجدُ فيه.

وعدمُ إسناده إلى مُعَيّنٍ، فلو شرط الغلّةَ مِنْ زرعِ أرضٍ مُعَيَّنةٍ، أو الثمرةَ مـنْ شَجرةٍ مُعَيَّنةٍ، أو الثوبَ من غَزْلِ امْرأةٍ بعينِها أو نَسْجِ رجلٍ بعينه، أو الصُوفَ مـنْ نَعَجاتٍ بعينها لم يصحّ.

البحثُ الثاني في الأحكام

يجبُ على البائعِ دفعُ أقلِّ ما يُطلقُ عليه الوصفُ، وعـلى المشـتَري قـبولُ الأجودِ، ولا يصحُّ اشْتِراطُ الأجودِ ويصحُّ اشْتِراطُ الأردإ.

وكلّ ما يَنْضبطُ وصفُه يصحُّ السَلَمُ فيه، كالحيوانِ والألبانِ والسُمُونِ والشُحُومِ والأطيابِ والثِيابِ والثِمارِ والأدويةِ، وفي شاةٍ لبونٍ، ويلزم ما مِنْ شأنِها، وحاملٍ وذاتِ ولدٍ.

ولا يجوزُ في اللحمِ و الخُبزِ و الجِـلْدِ والنَـبْلِ المـعمولِ والجـواهـرِ واللآلئ، والعَقارِ والأرضِ.

ولو قالَ: إلى ربيع حُـمِلَ عـلى الأوّلِ، وكـذا الخـميسُ، وإلى شـهرَين حـلَّ بآخرِهما، وإلى شَهْرٍ كذا بأوَّله.

وليس ذكرُ موضعِ التسليم شرطاً، فإنْ شرطاهُ لزم، وإلّا انصرف إلى بلدِ العقدِ.

ولا يجوزُ بيعُه قبلَ حلولِه، ويجوز بعدَه قبلَ قبضِهِ على البائع وغيرِه.

وَلو رضي بأقلَّ صِفةً وقدراً صَحَّ، ولو دَفَعَ أجودَ وجب القبولُ بخلافِ الأزيدِ.

ولو دفع مِنْ غير الجنسِ افْتقر إلى التراضي، ولو وَجد به عَيباً رَدّه وعادَ الحَقُّ إلى الذمّةِ سليماً.

ولو ظهر أنّ الثمنَ من غير الجنسِ بطل العقدُ. وإنْ كان منه مَعيباً كان له الأرشُ والردُّ.

ويُقدَّمُ قولُ مدَّعي القبضِ قبلَ التفرُّقِ، ولو أخّر التسليمَ فللمشتَري الفسخُ والإلزامُ، ويجوزُ اشْتِراطُ سائغٍ مع السلَفِ.

المطلبُ الثالثُ في المرابَحةِ والمواضَعةِ

يجبُ ذكرُ رأسِ المالِ قَدْراً ونَقْداً فيهما، وقَدْرِ الربحِ والوضيعةِ، فيقولُ: «اشتريتُ بكذا»، أو «رأسُ مالِه كذا» أو «تَقَوَّمَ عليّ بكذا» أو «هوعليّ بكذا» ولو عمل فيه قال: «رأسُ مالِه كذا و عملتُ فيه بكذا» ولوعمل فيه بأُجْرةٍ جاز أنْ يقولَ: «تَقَوَّم عليّ» أو «هو عليّ».

ويُسْقَطُ الأرشُ مِنْ رأسِ المالِ، لا أرشُ الجنايةِ، ولا ما يَحُطُّه عنه البائعُ، وثمرةُ الشجرةِ.

ولو فَدى جنايتَه لم يَجُزْ ضَمُّها.

ولواشْترى جُملةً لم يَجُزْ بَيْعُ بَعضِها مرابَحةً وإنْ قَوّمَ، إلّا أنْ يُخبِرَ بالحالِ، وكذا الدلّالُ لوقَوَّم عليه التاجرُ.

ويجوزُ أنْ يشتَريَ ما باعه بزيادةٍ أو نقيصةٍ حالاً ومؤجّلاً، ويُكرهُ قبلَ القبضِ في المكيلِ والموزونِ.

ولو شَرطَ الشِراءَ في العقدِ لم يصحَّ، ويجوزُ مع الإطلاقِ وإنْ قَصَداهُ، فلو باعَ غلامُهُ الحرَّ سِلْعةً ثمَّ اشْتَراها بأزيدَ جاز الإخبارُ بالزيادةِ.

ولو بان الثمنُ أقلَّ تخيَّر المشتَري بينَ الرضى بالمُسمّى والردِّ، ولا يُقبل دَعواهُ في الشِراءِ بأكثرَ.

ويُنسبُ الربحُ إلى المَبيعِ، فيقولُ: «هو عليّ بكذا وأربحُ فيه كذا»، ويُكرهُ نِسبتُه إلى المالِ، فيقول: «هو عليّ بكذا وأربح في كلِّ عشرةٍ كذا».

● ولَوِ اشْتَرى نَسِيئَةً أُخبِرَ بالأجلِ، فإنْ أُهمِلَ تخيّرَ المشتري بينَ الردِّ والأخذِ حالّاً على رأيٍ.

قوله: «ولَوِ اشتَرى نسيئةً أُخبِرَ بالأجَلِ، فإنْ أُهمِلَ تخيَّرَ المشتَري بين الردِّ والأخذِ حالّاً على رأيٍ».

أقول: يَجبُ على البائع مرابحةً أداءُ الأمانةِ فيما اشتَراهُ، ولمّا كان للأجل وَقْعٌ في الثمن وجب ذكرهُ إنْ كان مؤجّلاً، فلو تُرِكَ صحَّ البَيعُ عمداً كان أو سهواً وفي كيفيّة لزوم الثمن للمشتَري للأصحابِ قولانِ:

الأوّل: أنّه يلزمه على حدِّ مالزم البائع؛ لأنّه تَرَكَ الاجتهادَ والمُماكَسةَ والمُماحَكةَ، اعتماداً على احتياطِ البائع لنفسهِ وفوَّضَ إليه أمرَ الثمنِ، والعقدُ وَقَعَ على ما اشتَراه به فَيُحمَلُ عليه كمّيّةً وكيفيّةً.

فإنْ قلت: هذه الكيفيّة مجهولةٌ للمشتَري فكيف يلزمه مالم يُشعَرْ به؟

قلت: هي في حكم المعلوم له؛ لأنّ إقدامَهُ على ثَمنٍ حالٍّ يستلزم أولويّةَ إقدامهِ عليه مؤجّلاً ورضاهُ به، وقد رُوِي هذا بطُرُقٍ متعدّدةٍ عن الأئمّة.

منها: روايةُ الحسنِ بنِ محبوبٍ عن أبي محمّد الوابشي قال: سَمِعتُ رجلاً يسألُ أبا عبدالله عن رجلٍ اشتَرى من رجلٍ مَتاعاً بتأخيرٍ إلى سَنَةٍ ثمّ باعَهُ من رجلٍ آخرَ مرابحةً، ألهُ أنْ يأخُذَ منه ثمنه حالّاً، والربحَ؟ قال: «ليس عليه إلّا مثلُ الذي اشتَرى، إنْ كان نَقَدَ شيئاً فله مثلُه نقداً، وإنْ لم يكن نَقَدَ شيئاً آخرَ فالمال عليه إلى الأجلِ الذي اشتراهُ إليه»[1].

وفي معناها رواية مُيَسّرٍ بيّاع الزُّطّي[2] عن الصادق: «إذا بعتَهُ مرابحةً كان له من النَظِرَة مثل مالَك». قال فاسترجعتُ وقلتُ: هلكنا فقال: «ممَّ»؟ قلتُ: مافي الأرض من ثوبٍ يُقوَّم بكذا وكذا، قال: فلمّا رأى ماشقَّ عَلَيَّ قال: «أفلا أفتحُ لَكَ باباً يكونُ لك فيه فَرَجٌ

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٩، ح ٢٥٤، وفيه: «فله مثل ما نقد» بدل «فله مثله نقداً».

٢. في حاشية «ع»: «الزُّطّي ضربٌ من الثياب».

ولو قال: بعتُك بمائةٍ وربحُ كلّ عشرةٍ درهمٌ فالثمنُ مائةٌ وعشرةٌ.

منه؟ قُلْ: قام عليَّ بكذا وأبيعكَ بزيادةِ كذا وكذا، ولا تَقُلْ بربحٍ»[١]. وغيرهما[٢].

واعلَمْ أنّ الروايةَ الأُولى تضمّنتْ عينَ الأجل، والثانيةَ مِثْلَ الأجل، وبينهما فرقٌ. والظاهر أنّ المراد بهما المِثْلُ؛ ويؤيّدهُ روايةُ هِشامِ بنِ الحكم الحسنةُ عن الصادق عليه السلام: «كان للذي اشتَراهُ من الأجلِ مثلُ ذلك»[٣]؛ ولأنّه لولاه لكان لو أخّرَهُ حتّى انقضى الأجلُ وباعَهُ لم يكن للمشتَري شيءٌ وهو خلافُ الحِكمةِ. واختار ذلك الشيخ في النهايةِ[٤] ومَنْ تَبِعَهُ[٥].

الثاني: أنّه يلزمِ المشتَري الثَمنَ على حَدِّ عَقدِهِ حالاً؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقود[٦]، غايةُ ما في البابِ أنّه دلّسَ، فيتسلّطُ المشتَري على الفسخ بهِ. و اختارهُ الشيخ في الخلاف[٧] والمبسوط[٨]، وارتضاهُ كثيرٌ من المتأخّرينَ كابنِ إدريسَ[٩] والشيخِ نجمِ الدينِ[١٠]، والمُصَنِّفِ في كُتُبه[١١]، وحَمَلَ الرواياتِ على أنّه باعه بمثلِ ما اشتراهُ ولم يَشترِط النقد، ثمّ استشكله[١٢].

وهذا الحمل هو مضمونُ الرواياتِ بمعنييه فالتوقّفُ هنا حسنٌ.

---

١. الكافي، ج ٥، ص ١٩٨، باب بيع المرابحة، ح ٧؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢١٣، ح ٣٧٩٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٦ ـ ٥٧، ح ٢٤٥.

٢. الكافي، ج ٥، ص ١٩٧ ـ ١٩٩، باب بيع المرابحة.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٢٠٨، باب بيع النسيئة، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧، ح ٢٠٢.

٤. النهاية، ص ٣٨٩: ومن اشترى شيئاً بنسيئةٍ فلا يبيعه مرابحةً. فإنْ باعه كذلك، كان للمبتاع من الأجل مثل ماله.

٥. كابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٤٣؛ وابن البرّاج وابن الجُنَيْد على ما حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٨٨، المسألة ١٤٥. ولم نعثر على فتوى ابن البرّاج في المهذّب.

٦. المائدة (٥): ١: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

٧. الخلاف، ج ٣، ص ١٣٥، المسألة ٢٢٤.

٨. المبسوط، ج ٢، ص ١٤٢.

٩. السرائر، ج ٢، ص ٢٩١.

١٠. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠.

١١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٨٨، الرقم ٣٤٢٥؛ تذكرة الفقهاء، ج ١١، ص ٢٣١، المسألة ٣٩٣؛ تبصرة المتعلّمين، ص ٩٩.

١٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٨٩، المسألة ١٤٥.

● ولو قال: وَضِيعةُ كلِّ عشرةٍ درهمٌ، أو مُواضَعةُ العشرةِ درهمٌ،فالثمنُ تسعون. ويُحتملُ أحدٌ وتسعون إلّا جزءاً مِنْ أحدَ عَشَرَ جُزءاً مِنْ درهمٍ.

قوله: «ولو قال: وضيعةُ كُلِّ عشرةٍ درهمٌ، أو مواضعةُ العشرةِ درهمٌ، فالثمن تسعونَ. ويُحتمل أحدٌ وتسعونَ إلّا جزءاً من أحدَ عشرَ جزءاً من درهمٍ».

أقول: هكذا فرضها الشيخُ[١] والمُصَنِّفُ في كثيرٍ من كُتُبه[٢]. ونقل في التذكرةِ عن بعض العامّةِ أنّه فرضها في صورة بعتُك بحطِّ درهمٍ من كُلِّ عشرةٍ، وغَلَّطَهُم المُصَنِّفُ؛ للعلم بأنّ الحَطَّ هنا واحدٌ من العشرةِ[٣].

قلت: هكذا أيضاً فرضها المُصَنِّفُ في التحرير بوضيعة دِرهَمٍ من كُلِّ عشرةٍ[٤]. والجواب أنّه من المحتمل أنْ يكون من كُلِّ عشرةٍ تُسلَّم لي، ويكون «من» لابتداء الغاية. وروى جرّاحُ المدائني قال، قال أبو عبدالله: «إنّي أكرهُ بَيعَ دَهْ يازدَهْ ودَهْ دوازدَهْ»[٥]. ويُعلَمُ منه كراهةُ نسبةِ الوضيعة إلى رأسِ المال أيضاً. والبحثُ هنا في الوقوع.

إذا تحقّق ذلك فالظاهر أنّ المسألةَ من فروع الإضافة، أعني نسبَة اسمٍ إلى اسمٍ بواسطة حرف الجرّ لفظاً أو تقديراً مراداً، فإنّها قد تكون بمعنى «اللام»، وبمعنى «مِنْ» و زاد بَعضُ النُحاة بمعنى «في»[٦]. والثالثُ لا يصلح هنا، بقي أحدُ الأوّلَينِ، فعلى الأوّلِ يتوجّه الاحتمال الثاني، وعلى الثاني الأوّل؛ لأنّ «مِنْ» المقدّرَةِ هي التبعيضيّة فتدخل في العشرةِ ولو كانت الابتدائيّة لم تدخل. والأوّلُ مختارُ المبسوطِ[٧]، وظاهر الخلافِ مستدلاً بأنّه أضافَ المواضَعةَ إلى رأس المالِ وهو مائة، لا إلى ما بقي في يده فيسقط عشرة، ويبقى تسعونَ. وحكى في الخلاف الثاني بناءً على أنّ الوضيعةَ ممّا يبقى له من

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ١٤٢؛ الخلاف، ج ٣، ص ١٣٥، المسألة ٢٢٥.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١١، ص ٢٤٧، المسألة ٤١٣؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٨؛ تلخيص المرام، ص ١٠٥.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ١١، ص ٢٤٨، المسألة ٤١٣، وحكى فتوى الشافعي؛ مغني المحتاج، ج ٢، ص ٧٧ و ٧٨.

٤. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٩٠، الرقم ٣٤٣١.

٥. الكافي، ج ٥، ص ١٩٧، باب بيع المرابحة، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٥، ح ٢٣٧.

٦. شرح الكافية، ج ١، ص ٢٧٣.

٧. المبسوط، ج ٢، ص ١٤٢.

والتَولية: البيعُ برأسِ المالِ، فإذا قال: «وَلَّيتُك إيّاه» أو «بِعتُك بمثلِ ما اشتَريتُ» لزم المشتَري ما وقع عليه العقدُ.

أصل المال [١]. فالتقدير، وَضيعَةُ درهمٍ بعد كُلِّ عشرةٍ، فيكون معناهُ من كُلِّ أحدَ عَشَرَ؛ ولأنّه لو قال: مُرابَحةُ العشرةِ درهمٌ، كان الثمن مائةً وعشرةً، فالربحُ جزءٌ من أحد عشرَ جزءاً، فتكون الوضيعةُ كذلك جزءاً من أحد عشر؛ لِمابينهما من التقابل. وضابطُ الأوّلِ، نسبة الوضيعة إلى رأس المالِ فيسقط بقَدْرِها. وضابط الثاني، نسبة الوضيعة إلى المجموع المركَّب من رأس المالِ ومِن قَدرِها، فيسقط من رأس المال بقدرها. فعلى الأوّلِ تَنسِب العشرةَ إلى المائة فتسقط العشرة، وعلى الثاني تَنِسبُها إلى مائة وعشرة فيكون جزءاً من أحد عشر، فيسقط من رأس المال جزءٌ من أحد عشر.



---

١. الخلاف، ج ٣، ص ١٣٧، المسألة ٢٢٥.

المقصدُ الرابعُ في اللواحِقِ

وفيه مطالبُ:

[المطلبُ] الأوّلُ في الخيارِ

وفيه فصلانِ:

[الفصلُ] الأوّلُ في أقسامه، وهي سبعةٌ:

خيارُ المجلسِ، ويثبتُ في البيعِ خاصّةً، ما لم يَفترِقا اختياراً، أو يَشترطا سقوطَه، أو يُوجِباهُ، ولو أوْجَبَهُ أحدُهما سَقَطَ خيارُه خاصّةً.

● وخيارُ الحيوانِ ـ وهو ثابتٌ للمشتَري خاصّةً ـ ثلاثةُ أيّامٍ مِنْ حينِ العقدِ على رأيٍ، شرطاه أولا، ولو شَرَطا سقوطَه، أو أسقطاهُ بعدَ العقدِ، أو تَصرَّفَ المشتَري سقط.

قوله ﴿: «وخيار الحَيوان، وهو ثابتٌ للمشتَري خاصّةً ثلاثةُ أيّامٍ من حين العقد على رأي».

أقول: الخلاف هنا في موضعين:

الأوّل: اختصاص الخيار للمشتَري في الحَيوانِ وهو المشهور بين الأصحاب، اختاره الصدوق [1] وابنُ الجُنَيْد [2] والشَيخانِ [3] وسلّار [4]، وابنُ البرّاج [5] وابنُ إدريسَ [6]

---

١. المقنع، ص ٣٦٥.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٩٦، المسألة ٥٩؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٨٣.

٣. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٥٩٢؛ والشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٧٨؛ والنهاية، ص ٣٨٦.

٤. المراسم، ص ١٧٣.

٥. المهذّب، ج ١، ص ٣٥٣.

٦. السرائر، ج ٢، ص ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

وخيارُ الشرطِ، وهو ثابتٌ لِمَنْ شرطه سواءٌ كان أحَدَهما أو هما معاً أو أجْنَبيّاً أو لأحدِهما معه. ويجبُ ضبطُ المدَّةِ، ومبدأُها العقدُ مالم يَشْترطا غيرَه.

ونجمُ الدين [١]؛ لأصالة اللزوم في البيع، خرج منه المشتَري بالاتّفاق فيبقى البائع على الأصلِ؛ ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «خيار الحَيوان كُلّه ثلاثةُ أيّامٍ للمشتَري، وهو بالخيار اشترط أو لم يَشترط» [٢]. وليس استدلالاً بمفهوم اللقبِ الضعيفِ، بل الروايةُ دلَّتْ على المشتَري، والبائعُ منفيٌّ بالأصل.

وقال المرتضى رحمه الله: يثبت للبيّعين [٣]؛ لصحيحة محمّدِ بنِ مسلمٍ عن الصادق عليه السلام قال: «البائعانِ [٤] بالخيار ثلاثة أيّامٍ في الحَيوان، وفيما سِوى ذلك من بَيعٍ حتّى يفترقا» [٥]. ولفظ البائعَينِ حقيقةٌ في البائع والمشتَري، وتثنيته، إمّا لأنّ كُلَّ واحدٍ منهما بائعٌ كما هو لغةً [٦] كذلك، وإمّا على حدِّ الأبوينِ والقمرينِ. وتبعه السَّيِّدُ جمالُ الدين بنِ طاوس في البُشرى [٧]، عملاً بالجمع بين الحديثَينِ، فإنّ القولَ بالأوّلِ يلزم منه إهمال مدلول الثاني بخلاف العكس.

والمصنِّفُ في المختلفِ حمل الثانية على كون العوضَينِ حَيواناً؛ عملاً بالمقتضي لثبوته للمشتَري، وهو خَفاءُ حالِ الحَيوان، ثمّ قال: وبعد هذا فالحقّ ما ذهبنا إليه [٨]. وهو مشعرٌ بتوقّفه في الحَمْلِ أيضاً؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقد [٩]. فلا يخرج عن محلِّ الإجماع.

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦؛ المختصر النافع، ص ٢٠٢.

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٢٠١، ح ٣٧٦٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٤، ح ١٠١، وفيهما: «في الحيوان» بدل «خيار الحيوان».

٣. الانتصار، ص ٤٣٣، المسألة ٢٤٥.

٤. في المصدر: «المتبايعان» بدل «البائعان».

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٣ ـ ٢٤، ح ٩٩.

٦. لسان العرب، ج ٨، ص ٢٥، «بيع»: البَيِّعان: البائع والمشتري وجمعه باعةٌ عند كراع... وكلّ من البائع والمشتري بائعٌ وبيِّعٌ.

٧. حكاه عنه الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٤٥٩.

٨. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٩٧، المسألة ٥٩.

٩. المائدة (٥): ١: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

ويجوزُ اشتراطُ المؤامَرَةِ، واسترجاعِ المبيعِ بعدَ مُدّةٍ إذا ردّ الثمنَ.

وخيارُ الغبن، وهو ثابتٌ للمغبونِ بما لم تَجرِ بِهِ العادةُ ● ولا يسقطُ بالتصرّفِ، ولا يَثبتُ به أرشٌ.

وخيارُ التأخيرِ، فَمَن اشتَرى شيئاً ولم يَشتَرِط تأخيرَ الثمنِ ولا قَبَضَ السِلْعَةَ

الثاني: أنّ مبدأ هذا الخيارِ ـ لهما أو للمشتَري ـ مُذْ حينَ العقد، صرّحَ به صاحبُ الشرائع [1] والمُصَنِّفُ [2]. ويظهر من كلام المبسوط [3] والسرائر أنّ مبدأه التفرّقُ؛ لأنّهما نصّا على أنّ مبدأ خيارِ الشرط مُذْ حينَ التفرّقِ، معلّلينِ بأنّ الخيارَ لهما يثبت بعد ثبوت العقد ولم يثبت قبل التفرُّقِ [4]. أو يُقالُ: هما سببانِ للخيار، ولا تداخلَ في المسبَّباتِ مع اختلاف الأسباب؛ ولأنّه لو جامع خيارُ المجلس اجتمع المِثلان، ويمكن أنْ يقال: لانسلّم توقُّفَهُ على ثبوتِ العقد إنْ عُني بالثبوتِ اللزومَ، وإنْ عُني به مطلقُ الثبوتِ فهو مُسَلَّمٌ، والإيجابُ والقبول كافيانِ فيه، والتداخلُ ممكنٌ إذا قام عليه دليلٌ، ولااستحالةَ في اجتماع مُعرِّفَينِ على حُكمٍ واحد.

ووجهُ الأوّلِ، أنّه مقتضى إطلاق كُلِّ أجلٍ ذُكر في عقدٍ؛ ولأنّه المتبادرُ إلى الفهم، فيكون حقيقةً فيه؛ ولأنّه لولاهُ لبطل، لأنّه لا يُعلم مبدؤه؛ لعدم العلمِ بوقت التفرُّق.

قوله ﷺ: «ولا يسقطُ بالتصرّف».

أقول: يُريدُ أنّ خيارَ الغبن لا يسقط بالتصرّف. وهذه العبارةُ مُجملةٌ، وتفصيلها: أنّ المغبونَ إنْ كان هو البائعُ لم يَسقُط بتصرّف المشتَري مُطلقاً، وإنْ كان هو المشتَري لم يسقُط بتصرّفه إلّا أنْ يخرجَه عن الملكِ، أو يَمنعَ مانعٌ خارجٌ من رَدِّهِ كالاستيلادِ والعتقِ، وإلى ذلك أومأ ﷺ في التحرير [5].

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦؛ المختصر النافع، ص ٢٠٣.

٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٩٦، المسألة ٥٩؛ تذكرة الفقهاء، ج ١١، ص ٣٤، المسألة ٢٢٩.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٨٥.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٢٤٧.

٥. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦، الرقم ٣٠٩٨.

ولا قَبَضَ البائعُ الثمنَ، تخيَّر البائعُ بعدَ ثلاثةِ أيّامٍ في إمضائِه أو فَسْخِه ● ولو تَلِفَ بعدَ الثلاثةِ فَمِنَ البائعِ، وكذا قبلَها على رأيٍ.

قوله ﷺ: «ولو تَلِفَ بَعدَ الثلاثةِ فَمِنَ البائعِ، وكذا قبلَها على رأيٍ».

أقول: هذا هو المشهور، نَصَّ عليه الجماعةُ كالشيخِ [١] وأتباعِهِ [٢]، وابن إدريسَ [٣] ونجمِ الدين [٤]؛ لأنّه مَبيعٌ هلكَ قبلَ قَبْضِه؛ ولرواية عُقْبَةَ بنِ خالدٍ عن الصادق ﷺ في رجلٍ اشترىٰ مَتاعاً من رجلٍ وأوجبه، غير أنّه ترك المتاعَ عنده ولم يقبضْه، قال: آتيكَ غداً إنْ شاء الله، فَسُرِقَ المتاعُ، من مال من يكون؟ فقال: «من مال صاحبِ المَتاع الذي هو في بيته حتّى يُقْبَضَ المَتاعُ ويُخْرِجَه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاعُ ضامنٌ لحقِّهِ حتّى يردَّه إليه» [٥].

وذهب الشيخُ المفيدُ [٦] (رحمة الله عليه) والمرتضى [٧] (قدّس الله روحه) وسلّار [٨] ومن تَبِعَهُم إلى أنّ تَلَفَه من المشتري [٩]، قال المفيدُ: لأنّ العقدَ ثبت بَينهما عن تراضٍ منهما [١٠]، بخلاف ما بَعدَ الثلاثة، لأنّ البائعَ أحقُّ به.

قلت: الظاهرُ أنّه أراد لمّا ثبتَ العقدُ الناقلُ للملك ولاخيرةَ للبائع فيه، بل هو ممنوعٌ به لحقِّ المشتَري، صار كالمُودَعِ، بخلاف ما بعدَها، فإنّ إمساكَهُ لنفسه لثبوتِ الخيار له

---

١. النهاية، ص ٣٨٥-٣٨٦.

٢. كالقاضي ابن البرّاج، حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٠٠، المسألة ٦٣؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٣٩.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٢٧٨.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧؛ المختصر النافع، ص ٢٠٣.

٥. الكافي، ج ٥، ص ١٧١، باب الشرط والخيار في البيع، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١، ح ٨٩؛ و ج ٧، ص ٢٣٠، ح ١٠٠٣.

٦. المقنعة، ص ٥٩٢.

٧. الانتصار، ص ٤٣٧، المسألة ٢٤٩.

٨. المراسم، ص ١٧٢.

٩. كأبي الصلاح في الكافي في الفقه، ص ٣٥٣.

١٠. المقنعة، ص ٥٩٢.

● والخيارُ فيما يَفْسُدُ إلى الليلِ، فإنْ جاءَ بالثمنِ، وإلّا فالبائعُ أحقُّ.

حينئذٍ عند جماعةٍ، أو لبطلان البَيعِ كظاهر كلام ابن الجُنَيْدِ[١] والشَيخ[٢]، وهو في صحيحة عليّ بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام[٣]، وفي رواية زُرارة عن الباقر عليه السلام[٤]. وبخلاف صورة قبضِ الثَمَنِ وشِبْهِها؛ لانتفاءِ خيارِ البائع، ورواية عُقْبَة[٥] غير صريحة في المُتَنازَع ولا عمومَ لها. وعلَّل في المختلف الضَمانَ بانتقاله إلى المِلْكِ وَمَنَع الملازمةِ[٦].

وقال ابنُ حمزةَ ـ وهو ظاهر كلام أبي الصلاح[٧] ـ: إنّ البائع إنْ عرض تسليمَهُ على المشتَري فَمِنْ مال المشتَري وإلّا فَمِنْ مال البائع[٨]، كالدين يُعرَض على صاحبه عند الحلول. ونَفى عنه البأسَ في المختلف[٩].

قوله عليه السلام: «والخيارُ فيما يَفْسُدُ إلى الليل، فإنْ جاء بالثمنِ، وإلّا فالبائعُ أحقُّ».

أقول: هذه عبارةُ كثيرٍ من الأصحاب[١٠]، وفيها التباسٌ[١١]. فإنْ عَنى به ظرفيّةَ النهار لخيار البائع أو المشتَري أو هُما، فليس كذلك، وإنْ عنى به أنّ الليلَ مبدأً للخيارِ فَمُسلَّمٌ.

---

١. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٠٢، المسألة ٦٤.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٨٧.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٢، ح ٩٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٨، ح ٢٥٩.

٤. الكافي، ج ٥، ص ١٧١، باب الشرط والخيار في البيع، ح ١١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٠٢، ح ٣٧٦٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١، ح ٨٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٧ ـ ٧٨، ح ٢٥٨.

٥. تقدّم آنفاً في ص ٧٥، الهامش ٥.

٦. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٧٠، المسألة ٦٣: احتجّ المفيد: بأنّه مالٌ انتقل إلى المشتري، فيكون ضمانه عليه. والجوابُ: المنع من الملازمة.

٧. الكافي في الفقه، ص ٣٥٥: فإن كان تأخيره مِن قِبَلِ المبتاع، فهلاكه ونقصه من ماله.

٨. الوسيلة، ص ٢٣٩.

٩. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٠٠، المسألة ٦٣.

١٠. كالمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧؛ والمختصر النافع ص ٢٠٣؛ والفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٤٦٠؛ والعلّامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٦٧.

١١. في «ن، س، ع»: «اليأس» بدل «التباس».

وخيارُ الرؤيةِ ثابتٌ لِمَنِ اشتَرى أو باع موصوفاً أو غائباً بعدَ مشاهَدَتِه، فإنْ خرج على الوَصفِ أو العهدِ فلا فَسْخَ، وإلّا تخيَّر البائعُ إنْ زادَ وَصفُه، والمشتَري إنْ نقص.

وخيارُ العيبِ سيأتي.

الفصلُ الثاني في الأحكامِ

خيارُ الشرط يَثبُتُ في كلِّ عقدٍ، سِوى النكاحِ والوقفِ والإبراء والطلاقِ والعتقِ. ويَسْقُطُ بالتصرّفِ، فلو تصرّفَ أحدُهما سَقَطَ خِيارُه خاصّةً، ولو تصرَّفا أو تصرَّفَ أحدُهما بإذنِ الآخَرِ سَقَطَ خيارُهما.

والخيارُ موروثٌ.

ويقوم الوليُّ مقامَ مَنْ تَجدّد جنونُه.

ولكنَّ العبارةَ آبِية ذلك، متجافية عنه. وعبارة النهاية[1] والسرائر أشكلُ، فإنّه قال: «كان الخيارُ فيه يوماً»[2].

أمّا صاحبُ الشرائعِ فأسقطَ الخيارَ من البَينِ[3]. وهو حسنٌ؛ لموافقةِ الروايةِ الواردةِ في هذا الحكمِ عن أبي عبدالله أو أبي الحسن ﷺ في مَنْ اشترى ما يَفسُد من يومه وتركهُ حتّى يأتيه بالثمنِ قال: «إنْ جاء فيما بينَهُ وبين الليلِ، وإلّا فلا بَيْعَ له»[4].

قلت: تسميةُ هذا خياراً مَجازٌ من باب تسمية الشيء باسمِ ما يؤول إليه.

---

١. النهاية (المطبوعة مع نكتها) ج ٢، ص ١٤٢، ولم نجده في النهاية لأنّ فيها سقطاً.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٢٨٢.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧.

٤. الكافي، ج ٥، ص ١٧٢، باب الشرط والخيار في البيع، ح ١٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥ ـ ٢٦، ح ١٠٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٨، ح ٢٦٢.

● ويَمْلِكُ المشتَري بالعقدِ على رأي، فلو فَسخَ بعدَ النَماءِ فالنَماءُ للمشتَري.

قوله ﷺ: «ويَملِكُ المشتَري بالعقدِ على رأيِ، ولو فَسَخَ بعد النَماء فالنَماءُ للمشتَري».

أقول: «الباء» في العَقدِ سببيّةٌ أي بِسببِ العقد؛ والمرادُ أنّ العقدَ سببٌ تامٌّ في التملُّكِ، غايةُ ما في الباب أنّه متزلزلٌ في موضع الخيار حتّى يسقُطَ، ورفع الخيار موجبٌ للقرار لاجزءُ علّةٍ للمِلْك. ونبَّهَ «بالرأي» على خلافٍ في المسألة، وتحقيقه أنّ العقدَ إذا تجرَّد عن الخيار، إمّا بأصله كما لو عقدا ولا قرارَ لهما ولم يتخلَّلْ بين العقد وبين الافتراق مجلسٌ يثبت فيه الخيار، أو بشرطٍ فيه كما لو شرطا رَفْعَهُ، أوبعارضٍ بعدَهُ كانقضاء مدَّتِهِ والتصرُّفِ والإحداثِ، فإنّ المبيعَ يَمْلِكُه المشتَري جزماً كما يملِكُ البائعُ الثمنَ.

وأمّا في زمن الخيار المشترَك أو المختصّ بالبائعِ فَيلوحُ من كلام الشيخ في الخلاف [1] والمبسوط [2] توقُّفُ مِلْكِ المشتَري على سقوطه، ويلزمه توقُّفُ ملك البائع للثَمنِ أيضاً، حيث قال: فإنْ كان الشرطُ لهما أو للبائعِ فإذا انقضى الخيارُ مَلِكَ المشتَري بالعقدِ المتقدِّمِ [3]. فجَعْلُهُ المِلكَ معلَّقاً بانقضاءِ الخيار يُعطي توقُّفَهُ عليه، وإسنادُهُ المِلكَ إلى العقد المتقدِّم يقتضي أنّ انقضاءَ الخيار كاشفٌ، ويتفرَّع على كون سقوطِ الخيارِ كاشفاً أو مؤثِّراً النَماء كما أشارَ إليه المُصنِّفُ.

قال الشيخ ـ وفي المختصّ بالمشتَري ـ: يزول ملكُ البائع بنفس العقد لكنَّه لم ينتقل إلى المشتَري حتّى ينقضي الخيارُ [4].

وهذا الكلامُ يُشمّ منه التناقضُ استسلافاً؛ لكون المِلكِ لا يخلو عن مالكٍ، ولا مالكَ غيرُهما قطعاً، وقد صرَّح بزوال ملك البائع مع الحكم بعدم انتقاله إلى المشتَري، مع أنّه إذا لم ينتقل إليه كان ملكاً للبائع، فيكون ملكُ البائع زائلاً غيرَ زائلٍ، وملكُ المشتري ثابتاً غيرَ ثابتٍ وأنّه تناقضٌ.

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ٢٢، المسألة ٢٩.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٨٤ـ٨٥.

٣. الخلاف، ج ٣، ص ٢٢، المسألة ٢٩.

٤. هكذا في جميع النسخ والخلاف، ولعلّ الأولى: «لن ينتقل». الخلاف، ج ٣، ص ٢٢، المسألة ٢٩.

وكلُّ مبيعٍ تَلِفَ قَبْلَ قبضِه فهو مِنْ مالِ البائعِ، وبعدَ القَبْضِ وَانْقضاءِ الخيارِ مِنَ

وقد يُجابُ: بأنَّ الموقوفَ هو المِلكُ المستقرّ، وهذا يصلح تأويلاً للكلام الأوّلِ فيرتفع الخلاف. على أنَّ الشيخَ في المبسوط قوّى ـ في باب المفلَّسِ ـ الملكَ بالعقد [١]. والمشهور بين القوم أنَّ المسألةَ خلافيّةٌ، وأنَّ القائلَ بعدم الملك الشيخ، والمنصورُ عند متأخِّري الأصحابِ ـ كالشيخِ نجمِ الدين [٢]، والمُصنِّفِ ـ المِلكُ، واحتجَّ المُصَنِّفُ بوجودِ المقتضي له وانتفاء المانع، فيثبت الملك [٣].

أمّا الأوّلُ: فلأنّه العقد؛ إذ هو تمليكٌ، بدليلِ رسمهم إيّاهُ؛ ولأنّ من جُملته صيغةُ «ملَّكتُكَ» والتمليك يدلُّ على نقل الملكِ إلى المشتَري بِلفظِهِ، وبوضع الشرع؛ ولأنّه لولم يكن سبباً أوّلاً لم يَصِرْ سبباً بَعدَ الخيار؛ لأنّ الانقضاء لامدخلَ له منفرداً عن العقدِ فكذا منضمّاً؛ لأصالة البقاء؛ ولأنّ المؤثّرَ هو العقدُ؛ عملاً بالدوران؛ لوجود الملك بوجودِهِ وعدَمِهِ بعدمه.

وأمّا الثاني: فلأنّه لامانعَ إلّا الخيارُ، وهو لا يصلحُ للمانعيّة؛ لِعدَم منافاتِهِ لِلْمِلْكِ كما لو وُجِدَ عيبٌ في أحد العِوَضَين.

واحتَجَّ غيرُهُ بأنّ للمشتَري التصرّفَ، ولاسببَ له إلّا المِلْكُ هنا [٤]؛ إذ الإذنُ الضمني لا يَقومُ بنفسه بل بالعقدِ، ومُنِعَتِ الصُغرى إنْ أُريدَ بِهِ التصرّفُ المنجّزُ، وإنْ أُريدَ به مُطلَقُ التصرّفِ مُنِعَتِ الكُبرى.

وربما قُرِّرتِ الحجّةُ بوجهٍ آخَرَ وهو قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [٥]. ومعناهُ ـ واللهُ أعلَم ـ إباحةُ الأكل وسائرِ التصرّفاتِ إذا اقترنت التجارةُ بالرضى، وإباحة التصرّفِ معلولةُ المِلْكِ [٦].

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٢٦٦.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧؛ المختصر النافع، ص ٢٠٣.

٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٩٣، المسألة ٥٤.

٤. كالفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٤٦١.

٥. النساء (٤): ٢٩.

٦. كما قرّره فخرالدين في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٨٨.

المشتري، وإنْ كانَ في الخيارِ فهو ممَّنْ لاخيارَ له، ولو كانَ الخيارُ لهما معاً فالتلفُ مِنَ المشتَري.

ولو أُبْهِمَ الخيارُ في أحدِ المَبيعَيْنِ صَفْقةً بطل العقدُ.

وقد يُقال: إنّ لانقضاء الخيارِ مَدْخَلاً في التراضي؛ لعدم قطع علائقِ المِلْكِ فيما شَرْطُهُ الخيارُ، وتمسّك آخرونَ بأنّه صحيحٌ وإلّا لبطل الخيارُ، فتتبعه غايتُه، ورُدَّ بأنّ الغاية صَلاحيّةُ التملُّك إذا حَصَلَ شَرْطُهُ، والمِلك الحقيقي من توابع اللزوم.

حجّة الشيخ ﷺ أصالةُ بقاء المِلْكِ على ماكان عليه حتّى يثبتَ السببُ المزيل، والاتّفاقُ واقعٌ على أنّ العقدَ مع انقضاء الخيار مزيلٌ؛ ولأنّه كُلَّما توقَّفَ ثبوتُ البَيعِ على انقضاء الخيار توقفَ المِلكُ على انقضاء الخيار، لكنّ المقدَّمَ حقٌّ فالتالي مثلهُ، والملازمة بيّنةٌ. وأمّا بيانُ حقيقة المقدَّم، فلأنّ أحدَ الأمرَينِ لازمٌ، إمّا إحداثُ قولٍ ثالثٍ، أو ثبوتُ المطلوب، والأوّل مُحالٌ، فيثبت الثاني.

بيان الملازمَة روايةُ الحلبي عن أبي عبدالله ﷺ في خيار المجلس «فإذا افترقا فقد وَجَبَ البَيعُ»[١]. والمرادُ بـ«الوجوبِ الثبوتُ» لأنّه كذلك لغةً[٢]، والأصلُ عدم النقلِ، فإنْ عَمَّ الخيارُ فهو المطلوب وإلّا افترق اقسامُ الخيار، فيلزم إحداثُ قولٍ ثالثٍ. ولا تعارِضُهُ دَلالةُ روايةِ غياثِ بنِ إبراهيمَ عن الصادق ﷺ بإسناده إلى عليّ ﷺ: «إذا صَفَقَ الرجلُ على البَيْعِ فقد وجب وإنْ لم يفترقا»[٣]؛ لضعفِ سندها[٤] أوّلاً، ولجواز كون الافتراق شرطاً لا جزءَ علّةٍ. فيجوز استنادُ الثبوتِ إلى العقدِ، قاله الشيخ. وأجاب أيضاً بجواز أنْ يكونَ المنفيُّ افتراقاً خاصّةً[٥]، وهو الكثير، ولا يلزم منه نفي مطلقِ الافتراق.

---

١. الكافي، ج ٥، ص ١٧٠، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٧؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٠١ ـ ٢٠٢، ح ٣٧٦٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٠، ح ٨٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٢، ح ٢٤١.

٢. لسان العرب، ج ١، ص ٧٩٣؛ المصباح المنير، ج ٢، ص ٦٤٨، «وجب».

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٠ ـ ٢١، ح ٨٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٣، ح ٢٤٢.

٤. ضعفه بغياث بن إبراهيم، راجع ماسيأتي في ص ٩٠، الهامش ١٢.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١، ذيل الحديث ٨٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧٣، ذيل الحديث ٢٤٢.

ويجبُ في بيعِ خيارِ الرؤيةِ ذِكرُ الجنسِ والوصفِ الرافعِ لِلجَهالةِ، فإنْ أخلَّ بأحدِهما بطَل، وإنْ ظَهَر على خلافِ الوَصفِ تَخَيَّر المشتَري بينَ الفسخِ والإمضاءِ بغيرِ أرشٍ، ولو كانَ البائعُ باعَهُ بوصفِ الوكيلِ فظهر أجودَ فالخيارُ له.

ولواشترى ضَيْعةً شاهد بعضَها و وُصِف له الباقي ولم يوافِقْ تخَيّر في فسخِ الجميعِ وإمضائه.

المطلبُ الثاني في العيبِ

وهو كلُّ مايزيدُ أو ينقصُ عنِ المَجْرى الطَّبيعي.

ولو شَرَط المشتَري وَصفاً لم يُوجَدْ فله الفسخُ وإنْ لم يكُنْ فَواتُه عَيْباً كالجُعُودةِ في الشَعْرِ.

وإطلاقُ العقدِ يَقْتَضي السليمَ، فإنْ ظَهَر فيه عيبٌ سابقٌ على العقدِ تَخيَّر المشتَري بينَ الردِّ والأرشِ، و هو جزءٌ مِنَ الثمنِ نِسبتُه إليه كنِسْبَةِ نَقصِ قِيمَةِ المَعيبِ عَنِ الصحيحِ.

ولو تَبَرّأ البائعُ في العقدِ إجمالاً أو تفصيلاً، أو عَلِم المشتري به أو أسْقَطَ خيارَه سَقَط الأرشُ والردُّ، ولو تصرَّف سَقَط الردُّ دونَ الأرشِ، سواءٌ تصرَّف قبلَ العلمِ به أو بعدَه، إلّا وطءَ الحاملِ وحَلْبَ المُصرّاةِ.

● ولو تجدّد قبلَ القبضِ فله الردُّ أيضاً، وفي الأرشِ خلافٌ.

ولو ظَهر العيبُ في البعضِ فله الأرشُ أو ردُّ الجميع دونَ المعيبِ خاصّةً. وكذا لَوِ اشترى اثنان صَفْقَةً لم يكُنْ لهما الاختلافُ، بل يَتّفقانِ على الأرشِ أو الردِّ.

قوله ﷺ: «ولو تجدّدَ قبلَ القبضِ فله الردُّ أيضاً، وفي الأرش خلافٌ».

أقول: هذه المسألةُ تقدّمَتْ[١].

---

١. تقدّمت في ص ٥٤.

وله الردُّ بالعيبِ السابقِ وإن أخَّرَهُ عالماً به مالم يُصرّحْ بالإسقاطِ، سواءٌ كان غريمُه حاضراً أو غائباً.

ولَوِ ادَّعى البائعُ البَراءَ فالقولُ قولُ المشتَري مع اليمينِ وعدمِ البيّنةِ، وقولُ البائعِ في عدمِ سَبْقِ العيبِ مع عدمِ البيّنةِ وشهادةِ الحالِ.

وتُرَدُّ الأمةُ الحاملُ إذا وَطِئَها مع نِصْفِ عُشْرِ قيمَتِها. والشاةُ المصرّاةُ مع اللبنِ أو مثلِهِ مع التعذُّرِ، أو القيمةِ مع عدمِ المثلِ.

● وتُختَبَرُ التَصريةُ بثلاثةِ أيّامٍ.

قوله ﷺ: «وتُختَبَرُ التَصريَةُ بثلاثةِ أيّامٍ».

أقول: يُريدُ أنّ الشاةَ المُصَرّاةَ تُختَبَرُ بثلاثةِ أيّامٍ كالخيار في سائر الحَيوان. كذا نَبّه عليه الشيخ في الخلافِ [١] والمبسوطِ. فإنْ حَلَبَها وهي مُصَرّاة ثمّ حَلَبَها ثانياً فلم ينقصْ عمّا حَلَبَها أوّلاً بل صارَ ذلك لبنَ العادة لِتَغيُّرِ المَرْعى أو لغيره، قبلَ انقضاء ثَلاثةِ أيّام يسقط خيارُه، لِزوال العَيبِ المقتضي للفَسخِ. وهو مذهب الشَيخ في المبسوطِ [٢]. وقَوّى في الخلافِ عدم السقوط [٣]، عملاً بعمومِ الإذنِ في الردِّ، وإنْ زالت التَصْرِيَةُ بعد ثلاثة أيّامٍ، بمعنى أنّه إنْ نقص لبَنُها في مدَّة الثلاثة الأيّام عن اللبنِ الأوّل يثبت له الخيار، وإنْ صار ذلك عادةً بعدَها؛ لاستقرار الخيار في الثلاثة.

واعْلَمْ أنّه لا يتربَّص بها إلى آخر الثلاثة، بل إذا عُرِفَ تَصريتها قبلَ انقضائها ثبت الخيار، حتّى لو حَلَبَ منها أوّلاً قدراً معيّناً، ثمّ حَلَبَ ثانيةً أنقصَ منه، ثمّ حَلَبَ ثالثةً كما حَلَبَ أوّلاً لم يسقط خيارُهُ وإنْ كان في مدَّة الثلاثة الأيّام. وفيه نظرٌ، بل لو لم يَحْلِبها وعَلِمَ كونَها مُصرّاةً قبلَ الحَلَبِ وبعد العقد، يثبت له الخيارُ على الفورِ، وإنّما الثلاثةُ الأيّامُ لمصلحتِه، لتجويز أنْ تُحلبَ في اليومينِ الأوّلينِ حَلَباً متساوياً ثمّ تنقص عنه في الثالث، فإنّه يثبت له الخيار.

واعْلَمْ أنّ المُصَنِّف قال: إنّه لم يقِفْ على نصٍّ من طُرُقِ الأصحاب في المُصَرّاة [٤].

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ١٠٣، المسألة ١٦٨.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ١٢٥.

٣. الخلاف، ج ٣، ص ١٠٧، المسألة ١٧٣.

٤. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٧٥، الرقم ٣٣٩٤.

● وتَثبتُ في الشاةِ والبَقَرةِ والناقةِ على إشكالٍ، لا في الأمةِ والأتانِ. ولو صارتِ التَصريةُ عادةً في الثلاثةِ سقطَ الخيارُ لابعدَها.

والإباقُ القديمُ، وعدمُ الحَيْضِ ستّةَ أشهرٍ ممّن شأنها الحيضُ، والثُفْلُ في البزر وشبْهه الخارجُ عن العادةِ، وبولُ الكبير في الفِرَاشِ عيوبٌ.

أمّا تحمير الوجهِ، ووصلُ الشَعرِ، والثيبوبةُ فليست عَيباً، لكن يثبتُ بها الردُّ لو شرطَ أضدادَها ولاأرشَ.

ويُرَدُّ الرقيقُ مِنَ الجُنونِ والجُذامِ والبَرصِ الحادثةِ مابينَ العقدِ وسَنَةٍ لاأزيدَ مع عدمِ التصرُّفِ، ومعه الأرشُ خاصّةً.

قولهﷺ: «وتثبُتُ في الشاةِ والبَقَرةِ والناقَةِ على إشكالٍ».

أقول: الإشكالُ في البقرة والناقةِ ـ لا في الشاة، وقد ادَّعى المُصَنِّفُ عليه الإجماع في المختلف [1] ـ ومنشؤُهُ من أنّ الأصل عَدَمُ الخيار ولزومُ البَيع خصوصاً بعد التَصرُّفِ، فلا يثبت إلّا في محلّ الوفاق؛ ومن أنّ المقتضي للخيار موجودٌ في صورة النزاع فيتحقّق الحكم؛ ولادّعاء الشيخ الإجماع عليه [2]. وهو مذهب ابنِ الجُنَيْد [3] وابن البرّاجِ [4] وابن إدريسَ [5]، واختارهُ في التحرير [6].

والمفيدُ ﷺ [7] لم يَذْكُرْ غيرَ الشاة. وابنُ الجُنَيْد أثبَتَ التصريةَ في كُلِّ حَيوانٍ آدَميّاً كان أو غَيرَه [8]. وتوقَّفَ المُصَنِّفُ في المختلف كما تَوقَّفَ هنا [9].

---

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٠٣، المسألة ١٦٢؛ تذكرة الفقهاء، ج ١١، ص ٩٩، المسألة ٢٧٩.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ١٠٥، ذيل المسألة ١٧٠.

٣. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٠٤، المسألة ١٦٣؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٩٦.

٤. المهذّب، ج ١، ص ٣٩١؛ وحكاه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٠٣ عن «كامله».

٥. السرائر، ج ٢، ص ٣٠٠.

٦. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٧٧، الرقم ٣٣٩٦.

٧. المقنعة، ص ٥٩٨.

٨. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٠٥، المسألة ١٦٤؛ وتحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٧٧، الرقم ٣٣٩٦.

٩. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٠٤، المسألة ١٦٣.

المطلبُ الثالثُ في الربا

وتحريمُهُ معلومٌ مِنَ الشرعِ، وإنّما يثبتُ في بيعِ أحدِ المتساوِيَيْنِ جنساً بالآخرِ مع زيادةٍ عينيّةٍ أو حُكميّةٍ إذا كانا مقدَّرين بالكيلِ أو الوزنِ. والجنسُ هنا الحقيقةُ النوعيّةُ، كالحِنطةِ والأرُزِّ والتمرِ، ولا تُخرجُ الحقيقةُ بِاخْتِلافِ الصفاتِ العارضة فالحنطةُ ودقيقُها جنسٌ، والتمرُ ودِبْسُه جنسٌ، والعِنبُ والزبيبُ جنسٌ، واللبنُ المَخيضُ والحليبُ واحدٌ، وجَيِّدُ كُلِّ جنسٍ ورديئُه واحدٌ، وثمرةُ النخلِ جنسٌ، وكذا الكَرْمُ.

واللُّحومُ مختلفةٌ، فلَحْمُ البقرِ والجاموسِ واحدٌ، ولحمُ البقرِ والغنمِ جنسان، والوحشيُ مخالفٌ لإنسِيّه.

● والحنطةُ والشعيرُ هنا جنسٌ على رأي.

قوله ﷺ: «والحِنطَةُ والشعيرُ هنا جنسٌ على رأيٍ».

أقول: هذا مذهب الشيخينِ [١] والقاضي ابن البرّاج [٢] وأبي الصلاح [٣] وسلّار [٤] وابنِ حمزةَ [٥] ونجمِ الدين [٦]. ورواهُ الصدوقُ في كتاب من لا يحضره الفقيه [٧]؛ لشمول لفظ «الطعام» لهما، ويؤيِّدهُ ما صحَّ من رواية الحلبي عن الصادق ﷺ قال: «لا يُباعُ مختومانِ من شعيرٍ بمختومٍ من حنطةٍ إلّا مِثلاً بِمثلٍ» [٨]. وعن الحلبي عنه ﷺ: «لا يَصلُحُ الشعير بالحنطة إلّا واحداً بواحدٍ» [٩]. وغَيرُ ذلك من الأحاديثِ، كصحيحة محمّدِ بنِ قَيْسٍ

---

١. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٠٤؛ والشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٤٧، المسألة ٦٦؛ النهاية، ص ٣٧٧.

٢. المهذّب، ج ١، ص ٣٦٢.

٣. الكافي في الفقه، ص ٣٥٧.

٤. المراسم، ص ١٧٩.

٥. الوسيلة، ص ٢٥٣.

٦. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٣٨؛ المختصر النافع، ص ٢١١.

٧. الفقيه، ج ٣، ص ٢٨١، ح ٤٠١٦.

٨. الكافي، ج ٥، ص ١٨٧، باب المعاوضة في الطعام، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٤، ح ٣٩٩.

٩. الكافي، ج ٥، ص ١٨٩، باب المعاوضة في الطعام، ح ١٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٤، ح ٣٩٨.

والألبانُ مختلِفةٌ كاللُحْمانِ.

والشيءُ وأصلُه واحدٌ، كالزُبْدِ والسَمْنِ واللَبَنِ، والسِمسِمِ ودُهْنِه.

عن أميرالمؤمنين ﷺ [١]. وصحيحةِ هِشام بن سالمٍ عن الصادق ﷺ [٢]. وصحيحةِ عبدِ الرحمنِ ابن أبي عبدالله عن الصادق ﷺ [٣] أيضاً. وعن أبي بصيرٍ عنه ﷺ [٤] أيضاً.

وذهب ابنُ الجُنَيْدِ [٥] وابنُ أبي عقيلٍ [٦] وابنُ إدريسَ إلى أنّهما جنسانِ؛ لانفرادِ كُلٍّ بِاسمٍ، وادَّعى ابنُ إدريسَ الإجماعَ على مطلوبه [٧] ـ ولم يُخالِفْ سوى الشَيخينِ ومن قَلَّدَهما ومُتَقدِّمُو الأصحابِ أطلقوا ـ ولأنّهما مختلفانِ صورةً وشِكلاً ولوناً وطعماً وإدراكاً وحِسّاً، فيدخلانِ تحتَ عموم إذا اختلف الجنسانِ فَبِيعُوا كيف شِئتم [٨].

وجوابُه: التسميةُ بِاسمينِ لا تُصيِّرُهما جنسينِ؛ لوجود المعارِض وهو الأحاديث [٩]، وفتاوى الأصحاب [١٠] وكثيرٌ من العامّةِ صحابةً وتابعين [١١]. والإجماع ممنوعٌ مع معارضته بدعوى الشَيخِ في الخلاف إجماعَ الفرقة عليه [١٢]. وناهيك بخلاف الشيخينِ. والمُطلِقُ لا قولَ له. والاختلاف فيما ذُكِرَ لا يوجبُ الاثنينيّةَ كالسِمسِمِ ودُهْنِه، ولو سُلِّمَ الاختلافُ فالخاصُّ أولى.

قال المُصَنِّفُ في المختلف: المسألةُ منصوصةٌ عن الأئمّة ﷺ، وقد أفتى أكثرُ علمائنا بها، ولم نجد معارِضاً من الأحاديث فتعيَّنَ الاتّحاد [١٣].

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٥ ـ ٩٦، ح ٤٠٨.

٢. الكافي، ج ٥، ص ١٨٧، باب المعاوضة في الطعام، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٦، ح ٤٠٩.

٣. الكافي، ج ٥، ص ١٨٨، باب المعاوضة في الطعام، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٦، ح ٤١٠.

٤. الكافي، ج ٥، ص ١٨٧، باب المعاوضة في الطعام، ح ٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٨١، ح ٤٠١٦.

٥ و ٦. حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٩، المسألة ٧٩؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٧٥.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٢٥٥.

٨. السرائر، ج ٢، ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

٩. تقدّم آنفاً ذكرها وذكر مآخذها.

١٠. تقدّم آنفاً.

١١. المغني، ابن قدامة، ج ٦، ص ٧٩ ـ ٨٠؛ المحلّى، ج ٨، ص ٤٩١ ـ ٤٩٢؛ ونسبه إليهم الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٤٧، المسألة ٦٦.

١٢. الخلاف، ج ٣، ص ٤٧، المسألة ٦٦.

١٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٢٢، المسألة ٧٩.

والحُلولُ تابعةٌ لأُصولِها.

فلا يجوزُ بَيعُ أحدِ المتجانِسَيْنِ بالآخرِ مع زيادةٍ، كقفيزِ حِنطةٍ بقَفِيزَيْنِ منها، ولا قفيزِ حنطةٍ مقبوضٍ بقفيزٍ منها مؤجّلٍ.

● ويجوزُ التفاضُلُ مَعَ اخْتلافِ الجنسِ نَقْداً، وفي النَّسِيئَةِ قولان.

قوله ﷺ: «ويجوز التفاضُلُ مع اختلافِ الجنسِ نَقْداً، وفي النَسيئَةِ قَولانِ».

أقول: يُرِيدُ أنّه لو باع مختَلِفَي الجنسِ وهما معاً من غير الأثمانِ كالحنطةِ والأرُزِّ متفاضلاً فإنّه يجوز نقداً إجماعاً. وهل يجوز التفاضلُ نسيئةً أم لا؟ ذهب المفيدُ[١] وسلّار[٢] والقاضي[٣] وابنُ الجُنيد وابنُ أبي عقيلٍ إلى المنع[٤]؛ لقولِ النبيّ ﷺ ـ المشهورِ ـ: «إنّما الربا في النسيئةِ»[٥]. ولصحيح الحلبي عن الصادق ﷺ قال: «ما كان من طعام مُختَلَفٍ، أو متاعٍ، أو شيءٍ من الأشياء يتفاضل فَلا بأسَ ببَيعه مِثلَينِ بمِثلٍ يداً بيدٍ، فأمّا نَظِرَةً فإنّه لا يَصْلُح»[٦].

وقال الشيخُ في النهاية[٧] والمبسوطِ[٨] وابنُ حمزةَ: يجوز[٩]؛ للأصلِ؛ ولِما شاعَ من قوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسانِ فَبيعُوا كيفَ شِئتُم»[١٠]. واختاره المُصنِّفُ في المختلف[١١].

---

١. المقنعة، ص ٦٠٤.

٢. المراسم، ص ١٧٩.

٣. المهذّب، ج ١، ص ٣٦٣ و ٣٦٥.

٤. حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٧، المسألة ٧٨؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٧٤.

٥. سنن النسائي، ج ٧، ص ٣٠٠، ح ٤٥٩٠؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٥٨ ـ ٧٥٩، ح ٢٢٥٧؛ سنن الدارمي، ج ٢، ص ٢٥٩، باب لا ربا إلّا في النسيئة.

٦. الكافي، ج ٥، ص ١٩١، باب المعاوضة في الحيوان والثياب وغير ذلك، ح ٦؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٧٩، ح ٤٠٠٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٣، ح ٣٩٦. وفي جميع المصادر: «يتفاضل» بدل «متفاضل».

٧. النهاية، ص ٣٧٧.

٨. المبسوط، ج ٢، ص ٨٩.

٩. الوسيلة، ص ٢٥٣.

١٠. هذه الرواية رواها ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٢٥٤؛ وفخر الدين في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٧٥، وليست في مصادرنا، ومآخذها في كتب العامّة، لاحظ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢١١، ح ٨١/١٥٨٧؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩، ح ٣٣٥٠؛ المغني، ابن قدامة، ج ٦، ص ٨٠.

١١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٧، المسألة ٧٨.

وكلُّ ما ثبتَ أنّه مكيلٌ أو موزونٌ في عهدِهِ ﷺ بُنِيَ عـليه، وإلّا اعـْتُبِر البـلدُ،

وفي حُكمِ هذه بَيعُ غَيرِ الربويَّين ـ كثوبٍ بثوبينِ ـ نسيئةً، فإنّ فيه للأصحاب قولينِ:

الجواز: وهو قولُ ابني بابويه [١] والشيخ في المبسوطِ [٢]؛ للأصلِ ولاخـتلافِ الجـنس؛ ولأنّ المانعَ الربا وهو منفيٌّ؛ لِصحيحِ عُبيدِ بنِ زُرارَةَ عن الصادق ﷺ: «لا يكون الربا إلّا فيما يُكالُ أو يُوزَن» [٣]. ولرواية منصورِ بنِ حـازمٍ عـن الصـادق ﷺ قـال: سألتـه عـن البَـيْضَةِ بالبيضَتَينِ، والثوبِ بالثوبينِ؟ قال: «لا بأسَ» [٤].

والمنعُ: وهو قولُ شَيخِنا المفيدِ [٥] وفتوى النهايةِ [٦] ومَذهبُ ابن الجُنَيْدِ وابنِ أبي عقيل [٧]؛ لصحيحة محمّدِ بنِ مسلمٍ عن أبي عبدالله ﷺ أنّه سألهُ عن الثوبينِ الرديّينِ بالثوبِ المُرتفِع، والبعيرِ بالبعيرَينِ، والدابّةِ بالدابّتَينِ، فقال: «كَرِهَ ذلك عليٌّ ﷺ ونَحنُ نَكْرَهه إلّا أنْ يختلفَ الصِنفان» [٨]. وأُجيبَ: بأنّه صريحٌ في الكَراهيةِ [٩]. وكلامُ المُصنِّفِ مشعِرٌ بالمسألتَينِ.

ولا تَظُنَّ دخولَ بَيعِ الربَوي بغيره فيه، ولا بيعِ الربَوي من الأثمان بالربَوي من غَيرِها، ولا بَيعِ الأثمانِ بالأثمانِ نسيئةً، فإنّ الأوّلَينِ جائزانِ إجماعاً والأخير غَيرُ جائزٍ إجماعاً، إلّا من الصدوق في المقنع، فإنّه أفتى بجوازه [١٠]؛ لقولِ الصادقِ ﷺ: «لا بأس أنْ يبيعَ الرجلُ الدينارَ بأكثرَ من صَرفه نسيئةً» [١١]. قال: والأخبارُ بالمنعِ موافِقَةٌ للعامّةِ [١٢].

---

١. المقنع، ص ٣٧٤؛ وحكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٨، المسألة ٧٨.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٨٩.

٣. الكافي، ج ٥، ص ١٤٦، باب الربا، ح ١٠؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٧٥، ح ٣٩٩٩؛ تهذيب الأحكـام، ج ٧، ص ١١٨، ح ٥١٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠١، ح ٣٥٠.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٩، ح ٥١٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠١، ح ٣٥١.

٥. المقنعة، ص ٦٠٤.

٦. النهاية، ص ٣٧٧.

٧. حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٨، المسألة ٧٨.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٠، ح ٥٢١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠١، ح ٣٥٢.

٩. المجيبُ هو العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٩، المسألة ٧٨.

١٠. لم نجده في المقنع؛ راجع الفقيه، ج ٣، ص ٢٨٧، باب الصرف ووجوهه؛ ونسب هـذا القـول إلى ابـن بـابويه الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٤٩٧.

١١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٠٠، ح ٤٣١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٩٤، ح ٣٢١.

١٢. لم نعثر عليه في كتب الصدوق ولا على من حكاه عنه.

فإنِ اخْتلفتِ البُلدانُ فلِكُلِّ بلدٍ حُكْمُ نفسِهِ.

وما لايَدخُلُه الكيلُ والوزنُ فلا رِبا فيه، كثوبٍ بثوبَيْنِ، ودابّةٍ بـدابّـتَيْنِ، ودارٍ بدارَيْنِ، وبَيضةٍ ببَيْضَتَيْنِ ● وقيل: يَثبُتُ الربا في المعدودِ.

قوله ﷺ: «وقيل: يَثبُتُ الربا في المعدودِ».

أقول: هذا قول أبي عليٍّ بن الجُنَيْدِ [١] والمفيدِ [٢] وسلّار [٣]؛ لعموم النهي عن الربا [٤]، وهو متحقّقٌ في المعدود؛ لأنّ الربا لغةً الزيادة [٥]. والأصـلُ عـدمُ النـقلِ؛ ولروايـةِ مـحمّدِ بـنِ مسلم المتقدّمةِ [٦].

وأُجيب بأنّ النقلَ قد ثَبتَ باشتراطِ الكَيلِ والوزنِ. وجوابُ الروايةِ تَقدَّم [٧].

وذهب الشيخُ [٨] وابنا بابويه [٩] وابنُ أبي عقيلٍ [١٠] والقاضي [١١] وابنُ إدريسَ [١٢] إلى عـدم ثُبوتِ الربا فيه؛ للأصلِ؛ ولصحيحةِ عُبَيدِ المتقدّمةِ [١٣].

وفي رواية سعيدِ بن يسار قال: سألتُ أبا عبدالله ﷺ عن البَعيرِ بالبَعيرَيْنِ يداً بيدٍ ونسيئةً،

---

١. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٤، المسألة ٧٧.

٢. المقنعة، ص ٦٠٥.

٣. المراسم، ص ١٧٩.

٤. البقرة (٢): ٢٧٥: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾؛ وآل عمران (٣): ١٣٠: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾.

٥. الصحاح، ج ٤، ص ٢٣٤٩؛ القاموس المحيط، ج ٤، ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤؛ المصباح المنير، ج ١، ص ٢١٧، «ربو».

٦. تقدّمت قُبَيْلَ هذا.

٧. تقدّم قُبَيْلَ هذا.

٨. الخلاف، ج ٣، ص ٥٠، المسألة ٧٢؛ النهاية، ص ٣٧٧ و ٣٧٩؛ المبسوط، ج ٢، ص ٨٨.

٩. المقنع، ص ٣٧٤؛ الهداية، ص ٨٠: لا ربا، إلّا فيما يكال أو يوزن؛ وحكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٤، المسألة ٧٧.

١٠. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٤، المسألة ٧٧.

١١. المهذّب، ج ١، ص ٣٦٢.

١٢. السرائر، ج ٢، ص ٢٥٣ و ٢٦٢.

١٣. تقدّمت في ص ٨٧، الهامش ٣.

ولا يجوزُ بيعُ الرُّطَبِ بالتمرِ متفاوِتاً ولا متساوِياً، لأنّه إذا جَفَّ نَقصَ، وكذا ما شابَهَه، كاللحمِ الطريّ بالمَشْويّ، والعنبِ بالزبيبِ، ومَبلولِ الحنطةِ بيابِسِها.

● ويجوزُ بيعُ لحمِ الغنمِ بالشاة على رأيٍ، وبيعُ قَفيزِ حنطةٍ بقَفيزِ حنطةٍ، وفي أحدِهما عُقَدُ التِبْنِ ويسيرُ الترابِ وشبهُه، وبيعُ درهمٍ ودينارٍ بدرهمَينِ أو

قال: «لابأس به»، ثمّ قال: «خُطَّ على النسيئةِ»[1].

وروى منصورُ بنُ حازمٍ عن الصادق عليه السلام: «كلُّ شيءٍ يُكال أو يُوزَنُ، فلا يصلُح مِثْلَيْنِ بمثلٍ إذا كان من جنسٍ واحدٍ، وإذا كان لا يُكالُ ولا يُوزَنُ فليس به بأسٌ اثنانِ بواحدٍ»[2].

وغير ذلك من الأحاديث[3].

وأمّا ابنُ حمزةَ فإنّه حرّمَ بيعَ المَعْدُودِ المتّفقِ الجنسِ متفاضلاً نسيئةً[4].

قوله عليه السلام: «ويجوز بيعُ لَحمِ الغنمِ بالشاةِ على رأيٍ».

أقول: هذا مذهبُ ابنِ إدريسَ[5] ونجمِ الدين[6]، وزاد ابنُ إدريسَ جوازَ إسلافِ اللحمِ في الحيوان، لا العكس[7]؛ لعموم ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[8]؛ ولأنّ الربا إنّما هو في الموزونِ والمكيلِ، وظاهرٌ أنّ الشاةَ ليست أحدَهما. وأُجيب بأنّه عامٌّ يُخَصُّ بدليلٍ، ونَمْنَعُ اختصاصَ الربا بما ذُكر، ونَمْنَعُ أنّه من باب الربا بل هو محرّمٌ لعلّةٍ لا نعلمُها.

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٧ ـ ١١٨، ح ٥١٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠٠، ح ٣٤٦؛ ورواها بتفاوت وزيادة الكليني في الكافي، ج ٥، ص ١٩١، باب المعاوضة في الحيوان والثياب وغير ذلك، ح ٤؛ والصدوق في الفقيه، ج ٣، ص ٢٨٠، ح ٤٠١٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٩، ٥١٧؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠١، ح ٣٥١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٧ ـ ١١٩، ح ٥١٠ ـ ٥١٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠٠ ـ ١٠١، ح ٣٤٧ ـ ٣٥٢.

٤. الوسيلة، ص ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٢٥٨ و ٢٦٠.

٦. المختصر النافع، ص ٢١٢، قال: ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلاً؛ وفي شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤١، قال: لايجوز بيع لحمٍ بحيوانٍ من جنسه، كلحم الغنم بالشاة.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٢٥٨، قال: قلنا: إنْ أسلف الغنم في اللحم، لايجوز بغير خلاف... وإنْ كان جعل اللحم الثمن، والمسلَّم فيه الغنم، ووصفها، وضرب الأجل المحروس، فذلك جائز.

٨. البقرة (٢): ٢٧٥.

بدينارَيْنِ، ومُدٌّ تمرٍ ودرهمٍ بمُدَّيْنِ أو بدرهمَيْنِ، وكذا ما شابَهَه. وأن يبيعَ الناقصَ بمُساويه مِنَ الزائدِ ويَسْتوهِبُ الزيادة.

وذهب الشيخان [١] وابنُ الجُنَيْدِ [٢] والقاضي [٣] وسلّارُ [٤] وابنُ حمزَة [٥] والمصنِّفُ في المختلف، إلى المنع؛ لأنّه أحوطُ؛ ولأنّه قولُ الأكثر، ولادّعاء الشيخ الإجماعَ عليه [٦]؛ ولموثَّقةِ غِياثِ بنِ إبراهيمَ عن الصادق عليه السلام: «أنّ أميرَ المؤمنين عليه السلام كَرِهَ اللحمَ بالحَيوان» [٧]. والكراهةُ كثيراً ما تُستعمل في التحريم [٨].

والشيخُ في النهايةِ أطلق المنعَ من بَيعِ اللحمِ بالحَيوانِ [٩]. والظاهر أنّه أرادَ ما قيَّدهُ بِهِ في المبسوطِ من التماثُلِ [١٠].

ثمّ إنّ المصنِّفَ قال في المختلف: لو قيلَ بِالجوازِ في الحَيوانِ الحيِّ دونَ المذبوحِ جمعاً بين الأدلّةِ كانَ قويّاً [١١].

واختارَ في التحريرِ الجوازَ؛ استضعافاً لسندِ الروايةِ؛ لأنّ غِياثاً بُتري [١٢]، ولمتنها؛

---

١. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٠٤؛ والشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٧٥، المسألة ١٢٦؛ المبسوط، ج ٢، ص ١٠٠؛ النهاية، ص ٣٧٧.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٢٢، المسألة ١٢٦؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٧٨.

٣. المهذّب، ج ١، ص ٣٧٣.

٤. المراسم، ص ١٧٩.

٥. الوسيلة، ص ٢٥٤.

٦. الخلاف، ج ٣، ص ٧٦، المسألة ١٢٦.

٧. الكافي، ج ٥، ص ١٩١، باب المعاوضة في الحيوان ...، ح ٧؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٧٨، ح ٤٠٠٧، وفيه: «كره بيع اللحم بالحيوان»؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٠، ح ٥٢٥.

٨. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٢٢ ـ ١٢٣، المسألة ٨٠.

٩. النهاية، ص ٣٧٧ قال: ولا يجوز بيع الغنم باللحم لا وزناً ولا جزافاً.

١٠. المبسوط، ج ٢، ص ١٠٠: لا يجوز بيع اللحم بالحيوان إذا كان من جنسه، مثل أنْ تبيع شاة بلحم شاة، أو بقرة بلحم بقرة... وإنْ باع شاة بلحم بقرة... فإنّه يجوز؛ لأنّه يؤمن فيه الربا.

١١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٢٣، المسألة ٨٠.

١٢. رجال الطوسي، ص ١٤٢، الرقم ١٥٤٢، ضمن أصحاب الباقر عليه السلام: «غياث بن إبراهيم بتري» وفي ص ٢٦٨،

←

ولا ربا بينَ الولدِ و والدِه، و لا بينَ السيِّدِ و عَبدِه المُختصِّ، و لا بينَ الرجلِ وزوجَتِه، ولا بينَه وبينَ الحربي، ● ويَثبتُ بينَ المسلمِ والذمّي على رأي.

لأنّ الكَراهةَ ليست بصريحةٍ في التحريم [١].

قوله ﷺ: «ويَثبتُ بين المُسلمِ والذمّي على رأي».

أقول: هذا رأيُ الشيخِ [٢] والقاضي عبدِالعزيزِ بنِ البرّاجِ [٣] وابن إدريسَ [٤] ونجمِ الدين [٥]؛ لعموم النهي [٦]؛ ولِعِصْمَةِ أموالِهم بالالتزامِ بالشرائطِ، فلا يُباحُ أخذُها بعقدٍ فاسدٍ.

وذهب المرتضى [٧] والمفيد [٨] وابنا بابويه إلى عدم الثبوتِ [٩]؛ تعويلاً على الإجماعِ؛

← الرقم ٣٨٥٣، ضمن أصحاب الصادق ﷺ: «غياث بن إبراهيم أبو محمّد التميمي الأسدي أسند عنه وروى عن أبي الحسن ﷺ»؛ خلاصة الأقوال، ص ٣٨٥، الرقم ١٥٤٧: «غياث بن إبراهيم التميمي... ثقة روى عن أبي عبدالله ﷺ وكان بتريّاً»؛ ولمزيد التوضيح راجع معجم رجال الحديث، ج ١٣، ص ٢٢٨ ـ ٢٣٢.

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٠٦، الرقم ٣١٨٢: فالأقرب جوازه ومنع الشيخ ﷺ تعويلاً على رواية ضعيفة السند، قاصرة عن إفادة المطلوب.

٢. النهاية، ص ٣٧٦؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٧١، ذيل الحديث ٢٣٦.

٣. لم نعثر عليه في المهذّب وحكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٢، المسألة ٧٦؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٧٩.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٢٥٢.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٤٠؛ المختصر النافع، ص ٢١٢.

٦. البقرة (٢): ٢٧٥: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾؛ وآل عمران (٣): ١٣٠: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾.

٧. الانتصار، ص ٤٤١ ـ ٤٤٢، المسألة ٢٥٣؛ وأفتى بثبوت الربا بينهم في جوابات المسائل الموصليّات الثانية، ضمن رسائل الشريف المرتضى، ج ١، ص ١٨١ ـ ١٨٥.

٨. لم نعثر على قوله في المقنعة ولكن حكاه عنه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٢٥٢؛ والفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٤٩٦؛ والعلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٢، المسألة ٧٦؛ وراجع مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٥٣٢.

٩. المقنع، ص ٣٧٤؛ وحكاه عن رسالة عليّ بن بابويه الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٤٩٦؛ وعن ابني بابويه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٢، المسألة ٧٦؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٧٩.

المطلبُ الرابعُ فيما يندرج في المَبيعِ

وألفاظُه ستّةٌ:

الأوّل: الأرضُ والساحةُ والبُقْعةُ والعَرْصةُ، فلا يَندرجُ تحتَها الشجرُ والزرعُ والبَذْرُ الكامِنُ، ويتخيّرُ المشتَري مع جَهلِه به بينَ الردِّ والأخذِ بالثمنِ. ويَدخلُ في ضَمانِ المشتَري بالتسليمِ إليه وإنْ تعذَّرَ انتفاعُه به. وتدخلُ الحِجارةُ المَخلُوقةُ فيها دونَ المَدْفونةِ، وعلى البائعِ النقلُ وتسويةُ الحُفَرِ، ويتخيَّرُ المشتَري مع الجهلِ، ولا خيارَ للمشتَري بتركِ البائعِ لها مَعَ انْتفاءِ الضررِ بها.

وعلى ما رواه الصدوقُ عن الصادق ؑ أنّه قال: «ليس بينَ المُسلم والذِمّي ربا»[١].

والإجماع ممنوعٌ، والحديثُ محمولٌ على الخارجِ عن الشرائطِ، جمعاً بينَ الأدلّةِ.

وأبو عليٍّ بنِ الجُنَيد جوّز الربا بَيْنَنا وبينَ أهلِ الذمّةِ في دارِ حَرْبِهم[٢]. والظاهرُ أنّه أرادَ بِهِ الحَرْبِيِّينَ كما نصّ عليه الأصحابُ.

وأنّه يُباح الأخذُ منهم لا إعطاؤهم كما صرّحَ به ابنُ إدريسَ[٣]، وارتضاه المصنّفُ في المختلفِ[٤] والتحريرِ[٥]، وقد رواه الصدوقُ في المقنع عن الصادق ؑ مرسلاً[٦].

---

١. الفقيه، ج ٣، ص ٢٧٨، ح ٤٠٠٥.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٢، المسألة ٧٦: وقال ابن الجنيد: وأهل الذمّة في دارالإسلام المقيمين والراحلين فلايجوز الربا من أموالهم ولابأس بأخذه منهم في دار حربهم.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣.

٤. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٣، المسألة ٧٦: بعد نقل كلام ابن إدريس قال: «ولا بأس به».

٥. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣١٢، الرقم ٣٢٠٣.

٦. هكذا في جميع النسخ، ولكن لم نعثر عليه في المقنع ولعلّ الصحيح ما قاله العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٣، المسألة ٧٦، بعد نقل كلام ابن إدريس قال: لا بأس به؛ لما رواه ابن بابويه عن رسول الله ﷺ قال: «ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ولانعطيهم» وهي موجودة في الفقيه، ج ٣، ص ٢٧٧، ح ٤٠٠٣؛ ورواه مسنداً الكليني مع إضافة: «نأخذ منهم ألف درهم بدرهم» في الكافي، ج ٥، ص ١٤٧، باب أنّه ليس بين الرجل وبين ولده ومايملكه ربا، ح ٢؛ ورواه عنه الشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٨، ح ٧٧؛ وفي الاستبصار، ج ٣، ص ٧٠ ـ ٧١، ح ٢٣٥.

● الثاني: البستانُ، ويدخلُ فيه الأرضُ والشجرُ لا البِناءُ على إشكالٍ، نَعَمْ يدخلُ في القَرْيةِ والدَسْكَرَةِ مع الشجرِ دونَ المزارعِ.

الثالثُ: الدارُ، ويندرجُ فيه الأرضُ، والحِيطانُ، والسُقوفُ، والأعلى والأسفلُ إلّا أنْ يستقلَّ الأعلى بالسُكنى عادةً، والثوابتُ، وما أُثبِتَ مِن المَرافق كالسُلَّمِ المثبَّتِ، والخشبِ المُستَدخلِ في البِناءِ، والأبوابِ المعلَّقةِ، والأغلاقِ والرُفوفِ المثبَّتَيْنِ، ولا تَنْدَرِجُ الأشجارُ وإنْ قال بحُقوقِها، إلّا أنْ يقولَ وما أُغْلِقَ عليه بابُه، وشبهُهُ والمنقولاتُ إلّا المفاتيحَ، ولا الرَحَى المنصوبَةُ.

قوله ﷺ: «الثاني: البُستان، ويدخل فيه الأرضُ والشجرُ، لا البِناءُ على إشكالٍ».

أقول: إذا باع البُستانَ هل تَدخُلُ فيه الأبنيةُ؟ فيه احتمالان:

الدخولُ؛ لقضاء العرفِ بذلك ـ فإنّه إذا قيل: باع فلانٌ بُستانَه، أو وَهَبَهُ، بادَرَ إلى الذهن نقلُ البِناءِ أيضاً، بل لا يتفطّن إلى تَخلُّف البِناء، فيُقضى بِدخُوله عملاً بالعُرفِ ـ ولاتّصالِ البِناء بالبُستان، فهو جارٍ مجرى الجُزء منه، والجزء داخلٌ في الكُلّ.

وعدمُه؛ لأنّ لفظَ «البُستانِ» موضوعٌ لغةً للشجرِ والأرضِ لا للبِناء، ولهذا يُسمّى بُستاناً ولو لم يكن هناك بِناء أصلاً، فانتفاءُ دَلالةِ المطابقةِ ظاهرٌ. وأمّا التضمّنُ والالتزامُ فإنّه ليس جزءاً من المُسمَّى ولا لازماً له. واختار المصنِّفُ هذا في القواعدِ[1].

وفي التحريرِ الدخول[2]. وهو مَذهبُ نجمِ الدين[3]. وبِناءُ أمثال هذه المسألةِ على أنّه إذا تعارَضَ الحقيقتان العرفيّةُ واللغويّة ففي تقديمِ أيّهما بحثٌ يُبنى عليه هذا الإشكالُ.

واعلم أنّ العُرفَ العامَّ يَقوى فيه الترجيحُ، أمّا الخاصُّ ففيه النظر، ويختلف ذلك باختلاف الأصقاعِ والأزمانِ.

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٨١.
٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٢٦، الرقم ٣٢٣٩.
٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢١.

● الرابعُ: العبدُ، ولا يتناول مالَه إنْ قلنا إنّه يَملِكُ بالتمليكِ.

قوله: «الرابع: العَبدُ، ولا يتناوَلُ مالَه إنْ قلنا إنّه يَمْلِكُ بالتمليكِ».

أقول: البحث هنا يقع في مقامَين:

الأوّل: أنّ العبدَ هل يَمْلِك شيئاً أم لا؟ ذهب الشيخُ في الخلاف [1] وابنُ إدريسَ إلى أنّه لا يَمْلِكُ مطلقاً [2]؛ لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلاً عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [3]؛ ولأنّه مِلْكٌ للغير فلا يكونُ مالكاً كباقي المملوكاتِ.

وذهب الشيخُ في النهايةِ إلى أنّه يَمْلِك [4] إذا مَلَّكَهُ مولاهُ، ويَمْلِكُ فاضلَ الضريبةِ، وأرشَ الجناية [5]. مُعوّلاً على ظواهر أحاديثَ دالّةٍ على إضافة المِلْكِ إليه، كصحيحةِ زُرارَةَ عن الباقر فيمن أعتق عبداً وله مالٌ لِمَنِ المالُ؟ قال: «إنْ كان يَعْلَمُ أنّ له مالاً تَبِعَه مالُهُ وإلّا فهو له» [6]، وكرواية زُرارَةَ الآتية [7]. ولا حجّةَ فيها؛ إذ الإضافةُ تَصدقُ بأدنى مُلابسةٍ؛ ولأنّه لو كان مالكاً لم يَخْرُج عنه إلى المَوْلى بِعَدَمِ عِلْمِه؛ لأصالةِ بَقاءِ ما كان؛ ولامتناع كونِ العدمي علّةً للوجودي.

ولمانعٍ أنْ يمنعَ الملازمةَ؛ والسندُ أنّ مِلكَ العبد مِلكُ المولى، ولا استحالةَ في تعدّد المالك بهذا الاعتبار، والاستصحاب إنّما يتمُّ لو لم يثبت خلافُه، والعلّة في قرار تملُّك العتيق

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ١٢١، المسألة ٢٠٧.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٣٥٢ـ ٣٥٣؛ و ج ٣، ص ٦ و ١١ ـ ١٢.

٣. النحل (١٦): ٧٥.

٤. في «ح»: «لا يملك» بدل «يملك».

٥. النهاية، ص ٥٤٣: والعبد والمملوك لا يَملِكُ شيئاً من الأموال ما دام رِقّاً. فإنْ مَلَّكَهُ مولاه شيئاً، ملك التصرّف فيه بجميع ما يُريدُه. وكذلك إذا فَرَضَ عليه ضريبةً يُؤدّيها إليه ... وكذلك إذا أُصيبَ العبدُ في نفسه بما يستحقُّ به الأرش؛ كان له ذلك وحلّ له التصرّفُ فيه، وليس له رقبة المال على وجهٍ من الوجوه؛ ولاحظ أيضاً الدروس الشرعيّة، ج ٣، ذيل الدرس ٢٤٧ (ضمن الموسوعة، ج ١١)؛ وإيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٤٠.

٦. الكافي، ج ٦، ص ١٩٠ ـ ١٩١، باب المملوك يعتق وله مال، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٣، ح ٨٠٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٠، ح ٣٠.

٧. يأتي بُعيدَ هذا.

....

علمُ المعتِقِ، فإذا عَدِمَ العلم عَدِمَ التملك، فهو علّةٌ في أمرٍ عدمي.

وأمّا الشيخُ نجمُ الدين فقال: يملِكُ مطلقاً، ولكنّهُ محجورٌ عليه حتّى يأذن المولى [1].

الثاني: إذا باعه وله مالٌ هل يدخل مالُه في البيع؟ جزم المصنّفُ هنا وفي المختلف بعدمِ الدخول [2]، وهو مَذْهَبُ الشيخَين [3] وسلّار [4] وأبي الصلاح [5]؛ لما تقرَّر من أنّه لا يَمْلِكُ، فمالُهُ لِمَولاه. واسمُ العبدِ لا يتناوله لغةً ولا عرفاً.

ولصحيحة محمّدِ بنِ مسلمٍ عن أحدِهما عليهما السلام قالَ: سألته عن رجلٍ باع مملوكاً فوَجَد له مالاً. فقال: «المالُ للبائع إنّما باعَ نفسَه إلّا أنْ يكون شَرَطَ عليه أنّ ما كان له من مالٍ أو متاعٍ فهو له» [6]. وهو شاملٌ للعالم والجاهل.

وقال القاضي في المهذّب: بالتفصيل إلى العالِم والجاهلِ، فأثبتَه مع العلمِ ونَفاهُ مع الجهلِ [7]؛ ويظْهَر من كلام ابن الجُنَيدِ [8]؛ لحسنةِ زرارةَ قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يشتري المملوكَ وله مالٌ لِمَن مالُه؟ فقال: «إنْ كان عَلِمَ البائعُ أنّ له مالاً فهو للمشتري، وإنْ لم يكن عَلِمَ فهو للبائع» [9]؛ ولأنّ المالَ للعبدِ فنقله بالبيع نقلٌ لمالِهِ. ويُحمَلُ على

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٥٢: ولو قيل: يملك مطلقاً، لكنّه محجورٌ عليه بالرقّ حتّى يأذن له المولى، كان حسناً.

٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٤٣، المسألة ٢١٢.

٣. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٠٠؛ والشيخ في النهاية، ص ٤٠٩؛ والمبسوط، ج ٢، ص ١٣٧.

٤. المراسم، ص ١٧٦: وابتياع العبيد الذين لهم مال بأقلّ ممّا معهم جائزٌ.

٥. الكافي في الفقه، ص ٣٥٦.

٦. الكافي، ج ٥، ص ٢١٣، باب المملوك يباع وله مال، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٧١، ح ٣٠٦.

٧. المهذّب، ج ١، ص ٤٠٢.

٨. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٤٣، المسألة ٢١٢: وقال ابن الجنيد: مال العبد إذا لم يعلم به البائع والمشتري لبائعه إلّا أنْ يشترطه المشتري؛ لأنّ البيع انعقد على الرقبة فقط. فإنْ ظهر له المال أو علم به البايع كان للمشتري إذا سلّمه البائع مع العبد.

٩. الكافي، ج ٥، ص ٢١٣، باب المملوك يُباع وله مال، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٢٠، ح ٣٨١٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٧١، ح ٣٠٧.

● وفي الثيابِ الساترةِ للعورةِ إشكالٌ.

الخامسُ: الشجرُ، ويندرج فيه الأغصانُ والوَرَقُ والعُروقُ، ويستحقُّ الإبقاء مغروساً ولا يَسْتحقُّ المَغْرِس بل يستحقُّ منفعتَهُ للإبْقاء، ويدخلُ في بَيعِ النخلِ خاصّةً الثمرةُ غيرُ المُؤبَّرةِ.

وَلَوِانْتقلَ النخلُ بغيرِ البَيعِ أوِ انْتَقَلتْ شَجرةٌ غيرُه به أو كانَتِ الثمرةُ مؤبّرةً فلا انتقالَ، ولو أبّرَ البعضَ انتقلَ غيرُه خاصّةً، وللبائعِ إبقاءُ الثمرةِ إلى وَقْتِ أخذِها، ولكلٍّ من البائعِ والمشتَري السقيُ إذا لم يتضرّرْ به صاحِبُه، ولو تقابَلَ الضررانِ قُدِّمتْ مصلحةُ المشتَري.

السادسُ: الثمرُ، ويستحقُّ المشتَري الإبقاءَ إلى القِطافِ، ويَرجِعُ فيه إلى العُرفِ، ويَختَلِفُ باخْتلافِ الثِمارِ.

أنّ البائعَ شَرَطَهُ للمشتَري [١]. ونَمْنَعُ ملكيّةَ العبدِ على ما تقدّم [٢].

قوله: «وفي الثِيابِ الساتِرَةِ لِلْعَوْرَةِ إشكالٌ».

أقول: يَنشأُ ممّا تقدّم [٣] من تَعارُضِ اللغةِ والعُرفِ؛ فإنّ اسمَ العبدِ لا يدلّ على الثيابِ بإحدى الدَّلالات الثلاث؛ والعرفُ قاضٍ بأنّ العبدَ لا يُباع مجرّداً عن ثِيابِه. وتَعضُدُ الأوّلَ أصالةُ عدمِ الدخولِ. ولعلّ الأقربَ دخولُه؛ قضاءً للعرفِ. وهو اختيارُ المصنِّفِ في القواعدِ [٤]. وفي قول المصنِّفِ «الساترةُ للعورةِ» تنبيهٌ على علّةِ الحكمِ؛ لأنّ المقتضي للدخولِ فيها عدمُ إجراءِ العادة بخلوّه عنها، واحترازٌ من الزائد عليها؛ فإنّه لا يدلّ عليه العرفُ ولا اللغةُ. وإنْ كان كلامُ القواعد محتملاً له [٥]. ثُمّ المرادُ بالساتِرِ للعورة، هو نحو المِئزَرِ والسَّراويلِ، أو القميصِ لو لم يكن غيرُه.

---

١. كما حمله العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٤٤، المسألة ٢١٢.

٢. تقدّم آنفاً قُبيلَ هذا.

٣. تقدّم في ص٩٣.

٤. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٨٥.

٥. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٨٥: وهل يدخل الثياب التي عليه؟ أقربه دخول مايقتضي العرف دخوله معه.

وَلَو استثنى نخلةً فلهُ الدخولُ والخروجُ ومَدى جرائدِها من الأرضِ.

وكلُّ ما قُلنا بِعدمِ دخولِهِ فإنّه يَدخُلُ مَعَ الشرطِ.

المطلبُ الخامسُ في التسليمِ

يجبُ على المتبايعَيْنِ دفعُ العوضَيْنِ مِنْ غَيرِ أولويَّةِ تقديمٍ مَعَ اقْتضاءِ العَقْدِ التعجيلَ، ولَوِ اقْتضى تأخيرَ أحدِهما وجبَ على الآخرِ دفعُ المعجَّلِ.

والقبضُ في المنقولِ القبضُ باليدِ، وفي الحَيَوانِ الانتقالُ بـه، وفـي المكـيلِ الكيلُ، وفي نَحو الأرضِ التخليةُ.

وكلُّ مبيعٍ تَلِفَ قبلَ قبضِهِ فهو مِنْ مالِ البائعِ، وكذا إن نقصَتْ قيمتُهُ بحَدَثٍ فيه.

والنَماءُ قبلَ القبضِ للمشتَري، فإنْ تَلِفَ الأصلُ رجع بالنَماءِ والثمنِ.

ولو باع القابضُ ما قَبَضه وتَلِفَ الآخرُ قبلَه بطل الأوّلُ دونَ الثاني، فيلزمُ بائعَه المثلُ أو القيمةُ.

ولو امتزَجَ المبيعُ بغيرِه بحيث لا يَتَمَيَّزُ تخيَّرَ المشتَري بينَ الشركةِ والفَسْخِ.

ولو تَلِفَ بعضُ الجُملةِ وله قِسطٌ مِنَ الثَمنِ كعبدٍ مِنْ عَبدَيْنِ، فللمشتَري الفسخُ والأخذُ بالحِصَّةِ ● ولو لم يكنْ له قِسطٌ كيَدِ العبدِ، تخيَّر بينَ الردِّ والأخذِ بالأرشِ على رأيٍ.

قوله ﷺ: «ولَو لَم يَكُن له قسطٌ كيَدِ العبدِ، تخيَّر بين الردِّ والأخذِ بالأرش على رأي».

أقول: هذا من باب المَبيع إذا حَدَث فيه عَيبٌ بعد العقدِ وقبلَ القبضِ، وقد تقدَّم[1] البحثُ فيه.

---

[1] . تقدّم في ص ٥٣.

ويجبُ تسليمُ المبيعِ مفرّغاً.

ولو غُصِبَ مِنَ البائعِ، فإنِ استعاده بِسُرعةٍ، وإلّا تخيّرَ المشتَري بينَ الصبرِ بغيرِ أُجْرةٍ والفسخِ، ولو مَنَعَهُ البائعُ لَزِمَهُ الأُجرةُ.

ويُكْرَهُ بيعُ مالم يُقْبَضْ مِنَ المبيعات، ● ويَحْرُمُ لوكان طَعاماً على رأيٍ إلّا توليةً. ولو باعَ مالم يُقْبَضْ مِنَ الميراثِ والصَداقِ وشبهِهِ صحَّ. ويَصحُّ أنْ يتولّى الواحدُ طرفَيِ القبض.

قوله ﴿﴾: «ويَحْرُمُ لو كان طعاماً على رأيٍ إلّا توليةً».

أقول: يريد أنّه يحرم بيعُ الطعامِ المبيعِ قبلَ قبضِه إلّا مع التَوْلِيةِ [١]. وهو مذهبُ الشيخِ في المبسوط مدّعياً الإجماع [٢] وابن البرّاجِ في المهذّب [٣]؛ واختاره ابنُ حمزةَ وزاد تحريمَ بَيعِهِ وإنْ كان أصلُه قرضاً [٤]. وكلُّهم لم يَذْكُرُوا التولية.

وقال الصدوقُ في المقنع: لا يجوز. ثمّ قال: وفي حديثٍ آخَرَ يجوز ويوكّل المشتَري بقبضه [٥]. وما حكم به المصنّفُ موافق للروايات:

فمنها: ما صحّ عن معاويةَ بنِ وهبٍ عن الصادق ﴿﴾ عن الرجل يَبيعُ المبيعَ قبل أنْ يقبِضَه فقال: «مالم يكن كيلَ أو وُزِنَ فلا تَبِعْه حتّى تكيلَه أو تزِنَه، إلّاأنْ يُوَلِّيه الذي قامَ عليه» [٦].

ومنها: الروايةُ الصحيحةُ عن الحلَبي عن الصادق ﴿﴾ في الرجل يَبتاعُ الطعامَ ثمّ يَبيعُه

---

١. والتولية في البيع: نقل ما ملكه بالعقد الأوّل وبالثمن الأوّل من غير زيادة. القاموس المحيط، ج ٤، ص ٤٠٤، «ولي».

٢. المبسوط، ج ٢، ص ١١٩.

٣. المهذّب، ج ١، ص ٣٨٥.

٤. الوسيلة، ص ٢٥٢.

٥. المُقْنع، ص ٣٦٧؛ وروى الحديث في الفقيه، ج ٣، ص ٢٠٦، ح ٣٧٧٥ عن منصور بن حازم؛ والشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦، ح ١٥١ عن جميل بن درّاج.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥، ح ١٤٦.

....

قبلَ أنْ يُكتالَ له قال: «لا يصلُحُ له ذلك»[١].

وسأل عليُّ بنُ جعفرٍ أخاه موسى بنَ جعفرٍ ﷺ عن الرجل يشتَري الطعامَ، أيصلح بيعُه قبلَ أنْ يقبضَه؟ قال: «إذا رَبِحَ لم يَصلُحْ حتّى يَقْبِضَ، وإن كان توليةً فلا بأس»[٢].

وقال المفيدُ ﷺ[٣] والشيخُ في النهايةِ[٤] والقاضي في الكامل: يُكرَه[٥].

وجوّز سلّارُ[٦] وأبو الصلاح[٧] ذلك ولم يَذْكُرا الكَراهيةَ؛ لأصالة الإباحةِ، ولقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[٨]، ولما رواه ابنُ الحجّاج الكَرْخي قال: قلت لأبي عبدالله ﷺ: أشتَري الطعامَ إلى أجلٍ مسمّى، فيطلبُه التجّارُ بعدَ ما اشتَريتُه قبلَ أن أقبِضَه قال: «لابأس أن تَبِيعَ إلى أجلٍ كما اشتَريتَه، وليس لكَ أنْ تَدفَعَ قبلَ أنْ تَقبِضَ» قلتُ: فإذا قَبَضْتُه ـ جُعِلتُ فِداكَ ـ فلي أنْ أدفَعَه بكَيله؟ قال: «لابأس بذلك إذا رَضُوا»[٩].

واعلمْ أنّ المصنِّف حكَم في المختلف بأنّه لا يَلزَمُ من القولِ بالتحريمِ بُطلانُ البَيعِ[١٠]؛ لما عرفتَ أنّ النهيَ لا يدلُّ على الفَسادِ في المعاملات[١١]. وأبطَلَه ابنُ أبي عقيل ﷺ في كلّ

---

١. الكافي، ج ٥، ص ١٧٨، باب شراء الطعام وبيعه، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦، ح ١٤٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦ ـ ٣٧، ح ١٥٣؛ مسائل عليّ بن جعفر، ص ١٢٤، ح ٨٤؛ قرب الإسناد، ص ٢٦٥، ح ١٠٥٢.

٣. المقنعة، ص ٥٩٦.

٤. النهاية، ص ٣٩٨.

٥. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٠٢، المسألة ٢٧٩؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٥٠٨.

٦. المراسم، ص ١٨١: لايجوز بيع الرزق إلّا بعد قبضه ويجوز بيع الدين قبل قبضه... وقال في ص١٧٤: فإنْ باع ما ابتاعه إلى أجل قبل حلول الأجل، فبيعه باطل. وإنْ باعه بعده ـ وإنْ لم يوف عنه ـ جاز ذلك.

٧. الكافي في الفقه، ص ٣٥٥.

٨. البقرة (٢): ٢٧٥.

٩. الفقيه، ج ٣، ص ٢٠٩، ح ٣٧٨٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٩، ح ١٦٤، بزيادة واختلاف يسير فيهما.

١٠. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٠٥، المسألة ٢٧٩.

١١. راجع معارج الأُصول، ص ٧٧؛ ومبادئ الوصول، ص ١١٧ ـ ١١٨.

وإتلافُ المشتَري قبضٌ منه ● وإتلافُ الأجنبي ليس بِفَسْخٍ، وكذا الوَجْهُ في إتلافِ البائعِ، ويثبتُ الخيارُ للمشتَري فيهما.

نُكَتٌ متفرِّقةٌ

لا يجوزُ بيعُ الصُبْرَةِ مَجْهولَةً و لا جُزءاً مُشاعاً منها، ولو باعَها كلُّ قفيزٍ بِدرهمٍ بَطَلَ.

مَكيلٍ أو مَوزونٍ قال: وبِالبُطلان وَرَدَتِ السنّةُ عن رسول اللهﷺ[1].

ومختارُ المصنِّفِ في المختلفِ الكَراهيةُ، فيما يُكالُ أو يوزَنُ، والإباحةُ في التَولية[2].

قوله ﷺ: «وإتلافُ الأجنبي ليس بفسخٍ، وكذا الوجهُ في إتلاف البائع».

أقول: أراد أنّ البائعَ لو أتلفَ المبيعَ قبلَ قَبْضِه، فالوجه أنّه لا يكون فسخاً، وحينئذٍ يتخيَّرُ المشتَري، بينَ الفسخِ وأخذِ الثَمَنِ، والبقاءِ وأخذِ المثلِ أو القيمةِ، كما لو أتلفه الأجنبي. وهو مَذهبُ أبي الصلاح[3]. وأطلَقَ الشيخُ في المبسوط أنّ التلفَ من مال البائع[4].

ووجه ما اختاره المصنِّفُ: أنّ البائعَ أتلفَ مالَ غيرِه المحترَم عُدواناً، وكلُّ مَنْ فعل ذلك لَزِمَه الضَمانُ بالمثل أو القيمة؛ أمّا الصغرى: فلأنّه انتقل إلى المشتَري بالعقد قطعاً، وأمّا الكبرى فإجماعيّةٌ. ويُحتملُ ضعيفاً عدمُ إلزامِ البائعِ بغير الثَمن؛ لأنّه مالٌ هلك قبلَ قبضه. ويُضعَّف بأنّ الظاهرَ أنّ هلاكَه من قبلِ اللهِ تعالى.

---

١. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٠٣، المسألة ٢٧٩؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٥٠٨. والسنّةُ عن رسول اللهﷺ: ما وردت في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٣١، ح ١٠٠٦؛ والخلاف، ج ٣، ص ٩٨، المسألة ١٥٨؛ وسنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٤٩، ح ٢٢٢٦ ـ ٢٢٢٧؛ وسنن النسائي، ج ٧، ص ٣٠٤ ـ ٣٠٦، باب بيع الطعام قبل أنْ يستوفي، وباب النهي عن بيع ما اشترى من الطعام بكيل حتّى يستوفي.

٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٠٤، المسألة ٢٧٩.

٣. الكافي في الفقه، ص ٣٥٥.

٤. المبسوط، ج ٢، ص ٨٦.

ولو باع قَدْراً مَعْلوماً كقفيزٍ صَحَّ.

ولو باعَهُ جُزْءاً مِنَ المُشاهَدِ غيرِ المكيلِ والموزونِ صَحَّ كنِصْفِ الدارِ والثوبِ.

ولو باعَهُ كلَّ ذراعٍ بِدرهم صَحَّ مع العلمِ بِقدْرِ الأذرع.

● ولو قال: بعتُك عَشَرَةَ أذرعٍ مِن هاهُنا إلى حيث يَنتهي صحّ، ولو لم يُعَيَّن المَبْدأ ولا المُنْتهى بَطَل وإنْ كانَتِ الأذْرُعُ مَعْلُومَةً.

قوله ﷺ: «ولو قال: بعتك عشرةَ أذرعٍ من هاهنا إلى حيث ينتهي صحّ».

أقول: هذا اختيارُ المبسوطِ [1] والخلافِ [2]، وتَبِعَه ابنُ البرّاجِ وابنُ إدريسَ ؛ لأنّ الكمّيّةَ معلومةٌ والمبيعَ مشاهَدٌ [3].

ويلوح من كلام الشيخ نجمِ الدين المنعُ [4]. وهو اختيارُ المصنّفِ في القواعدِ [5] والمختلفِ ؛ لاختلاف أجزاء الأرض، وعدمِ العلمِ بمنتهى الذَرع، لتعذّرِ إدراكِهِ بالمشاهَدَةِ [6].

ولِقُوّةِ هذا القولِ أصلَحَ ولدُ المصنّفِ ما في الإرشاد إلى قوله: «لم يصحّ» [7]، ولتوافق فتاوي

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ١٥٤.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ١٦٤ ـ ١٦٥، المسألة ٢٦٥.

٣. لم نعثر على قولهما في المهذّب وجواهر الفقه والسرائر ولكن حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٨٧، المسألة ٢٦٠.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٨ : ولو قال: بعتك عشرةَ أذرع منها، وعيّن الموضع، جاز. ولو أبهمه لم يجز، لجهالة المبيع.

٥. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٩٣.

٦. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٨٧، المسألة ٢٦٠.

٧. في هامش «ن» الورقة ٨٠ ب: كان في الأصل «صحّ» فأصلحه ولده شيخنا فخرالدين (قدّس الله روحه) «لم يصحّ» وهو أقوى القولين، إلّا أنّه زال حسن النظم عن الكلام، إذ بعده «ولو لم يعيّن المبدأ ولا المنتهى بطل»، وهو غريبٌ على أنّ الأوّل صحيحٌ، فكان حقّه إذا لم يؤخّر المسألة عن تعيّن المبدأ والمنتهى أن يقال: وكذا لو لم يعيّن المبدأ والمنتهى ؛ لاشتراكهما في البطلان. وقال المحقّق الثاني في حاشية إرشاد الأذهان، ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره، ج ٩، ص ٤٢٣: ولقوّة هذا القول أصلح ولد المصنّف عبارة الكتاب وجعل بدل قوله: «صحّ»، «لم يصحّ» مع أنّه غير ملائم لما بعده.

● ولو باعَهُ على أنّها جُرْبانٌ معيّنةٌ فنقصَتْ، تخيَّر المشتَري بينَ الردِّ وأخذِ الناقِصِ بالحِصَّةِ مِنَ الثَمنِ على رأي، ولو زادَ متساوِي الأجزاءِ فَالزِيادَةُ للبائع، ولو زادالمختلفُ تخيَّر البائعُ بَيْنَ الفسخِ والإمضاءِ.

المصنّف في باقي كُتُبِهِ[١]. أمّا التحرير فإنّه أوردَ القولَين من غير ترجيح لأحدِهِما[٢]. ويمكن أن يُنْصَر الشيخُ بأنّ مثلَ هذا الاختلافِ وإنْ وقع فهو غيرُ قادحٍ في البيع؛ لأنّه اختلافُ مقارَنَةٍ لا مُفارَقَةٍ مع أغلبيّةِ تساوي الأجزاءِ المتجاورةِ من الأرضِ، فحينئذٍ الأولى أن يُحمل قولُه على تساوي أجزاء الأرضِ غالباً أو تقارِبُها[٣].

قوله ﷺ: «ولو باعه على أنّها جُربانٌ معيّنةٌ فنقصتْ، تخيّر المشتَري بين الردِّ وأخذِ الناقصِ بالحِصّةِ من الثمنِ على رأي».

أقول: هذا مَذْهَبُ الشيخ نجمِ الدين[٤]، كما لو اشترَى الصُبرَةَ فنقصتْ، وكما لو ظهر في المَبيعِ عيبٌ.

وقال الشيخ ﷺ في النهاية: يَتخيَّرُ بين الفَسخِ وبين المُطالَبَةِ بردّ الناقص مِنَ الأرض، وإن كان للبائع أرضٌ بجنبها وجب الإيفاءُ[٥]، معوّلاً على ما رواه عمرُ بنُ حنظلةَ عن الصادق ﷺ في رجلٍ باعَ أرضاً على أنّها عشرةُ أجربةٍ فاشترَى المشتَري منه بحدوده ونقد الثمنَ وأوقع صفقة البيع وافترقا، فلمّا مسحَ الأرضَ فإذا هي خمسةُ أجربةٍ قال: «إنْ شاء استرْجع مالَه وأخذ الأرضَ، وإنْ شاء ردّ المبيعَ وأخذ مالَه كلَّه، إلّا أنْ تكونَ إلى جنْبِ تلك الأرضِ له أيضاً أرَضُونَ، فليوفِّهِ ويكون البيعُ لازماً له وعليه الوفاء بتمام المَبِيعِ، فإنْ لم يكن له في ذلك

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٩٣؛ مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٨٧، المسألة ٢٦٠؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٨٤، المسألة ٤٧؛ نهاية الإحكام، ج ٢، ص ٤٩٣.

٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٣٤١ ـ ٣٤٢، الرقم ٣٢٨٠.

٣. راجع ما حكاه المحقّق الثاني عن شيخه فخر الدين في جامع المقاصد، ج ٤، ص ٤٣١؛ وحاشية إرشاد الأذهان، ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره، ج ٩، ص ٤٢٣.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٩؛ المختصر النافع، ص ٢٠٨.

٥. النهاية، ص ٤٢٠.

....

المكان غيرُ الذي باع فإنْ شاء المشتَري أخذ الأرضَ واسْتَرجَعَ فضلَ مالِهِ وإنْ شاء ردّ الأرضَ وأخذ المالَ كلّه»[١]. وتَبِعَه ابنُ إدريسَ إلّا في الإيفاء من الأرض الملاصقة[٢]. قال المصنّف: وبعض طريقِ هذه الروايةِ لا يَحضُرُني الآنَ حالهم، فالتخطّي إلى الأرض المجاورة ممنوعٌ[٣].

وقال في المبسوط: يتخيّر المشتَري بين فسخ البَيع وبين إجازته بجميع الثمن؛ لأنّ العقدَ وقعَ عليه[٤]. وتَبِعَه ابنُ البرّاج[٥]. قال في المختلف ـ وحَقّاً قال ـ: قولُ الشيخ مَبنيٌّ على قول بعض العامّة بأنّ المبيعَ إذا خرج معيباً لم يكن للمشتَري إلّا الفسخُ، أو الإمساكُ بجميعِ الثمنِ[٦]، لا على مَذهَبِنا. ثمّ قال: وحينئذٍ يُحتمل أنْ يثبتَ للبائع خيارُ الفسخ، لعدم سلامة الثمن كلّه إلّا أنْ يبذلَه المشتَري[٧].

قلت: يُشكل فسخُ البائع كالمعيب؛ فإنّه لا فسخَ فيه وخصوصاً مع علمه، أمّا مع جهله فيحتمله. وحينئذٍ لا يزول خيارُه ببذل الجميعِ كالغابن إذا دفع التفاوتَ.

واعلم أنّ في الرجوع بقسطِها من الثمنِ إشكالاً؛ إذ الأرضُ من مُختَلَفِ الأجزاءِ، فلا يُعلم قسطُها من الثمن حينئذٍ؛ ولأنّ الفائتَ ليس عيباً؛ إذْ ليس بخروجٍ عن الخلقة الأصليّة، فهو أشبه بفوات الشرط كالحمل. ويمكن الجوابُ بنحو ما تقدّم[٨]، من إمكانِ تقارُبِ[٩] أجزاءِ

١. الفقيه، ج ٣، ص ٢٣٩، ح ٣٨٧٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٥٣، ح ٦٧٥. وفيهما: «البيع» بدل «المبيع». و صدر الحديث في الفقيه هكذا: «استرجع فضل ماله وأخذ الأرض».

٢. السرائر، ج ٢، ص ٣٧٥ـ٣٧٦.

٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٨٩، المسألة ٢٦١.

٤. المبسوط، ج ٢، ص ١٥٤.

٥. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٨٨، المسألة ٢٦١.

٦. المغني، ابن قدامة، ج ٤، ص ٢١٢ حكاه عن أصحاب الشافعي.

٧. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٨٩، المسألة ٢٦١.

٨. تقدّم في ص ١٠٢.

٩. في «ن، ح»: «تفاوت» بدل «تقارب».

● ويجوزُ الجمعُ بَيْنَ مُخْتَلِفَيْن كبيعٍ وإجارةٍ ونكاحٍ وسلفٍ بِعِوَضٍ واحدٍ، ويُقَسَّطُ على ثَمَنِ المِثْلِ وأُجرتِه ومَهرِه.

الأرضِ في القيمةِ، وأنّ الفائتَ جزءٌ حقيقيٌ، فهو أولى أنْ يكون له قسطٌ من الثمن، بخلاف العيب؛ فإنّ الفائتَ ليس له قسطٌ من الثمن كما صرّحوا به.

قوله ﷺ: «ويجوزُ الجمعُ بينَ المختلِفَين كبيعٍ وإجارةٍ ونكاحٍ وسَلَفٍ بعوَضٍ واحدٍ».

أقول: قد تشتبه صورةُ اجتماعِ البَيعِ والسَلَفِ على المتعلّم. وصورتُه، أنْ يقولَ البائعُ: «بعتُك هذا المتاعَ وقفيزَ حِنطَةٍ موصوفاً مؤجّلاً إلى شهرٍ بهذا الدينارِ». أو يقولَ المشتَري: «أسلمتُ إليك هذا الدينارَ في هذا المتاع وفي قفيزِ حِنطَةٍ إلى شَهرٍ»، أو «اشتَريتُ مِنك هذا المتاعَ وقفيزَ حِنطَةٍ إلى شهرٍ بهذا الدينارِ». فإنّ هذه كلَّها تشتملُ على البَيعِ والسَلَمِ. هذا إنْ فسّرنا السَلَمَ بما هو المتعارَفُ، وهو تعجيلُ الثمَنِ وتأخيرُ المُثمَنِ. وأمّا إنْ فسّرناه بالقرضِ ـ وهو لغةُ أهلِ الحجازِ ـ فإنّه يكون قد جُمع بين البَيعِ والقَرضِ في عقدٍ، وهو عندنا سائغٌ، وصورته أنْ يقول: «بعتُك هذه الدارَ على أنْ تُقرِضَني ألفَ دينارٍ».

وكرهه الشيخُ في الخلاف [1]. وذهب بعضُ العامّةِ إلى المنعِ [2]. واستدلَّ عليه الشيخُ بإجماعِ الفرقةِ وأخبارِهم [3]؛ وبالأصالة، وبجوازِ كلٍّ منهما بانفراده، فكذا عند الاجتماع [4]. ويظهر من كلام قدماء الأصحاب أنّ المرادَ به اشتراطُ السلف لكلٍّ منهما. صرّح به المفيد ﷺ [5].

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ١٧٣، المسألة ٢٨٣.

٢. هم أصحاب الشافعي، راجع مختصر المزني، ص ٩٩، المطبوع مع الأُم، ج ٩؛ والمجموع شرح المهذّب، ج ١٣، ص ١٧١ ـ ١٧٢.

٣. راجع الكافي، ج ٥، ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦، كتاب المعيشة، ح ٩ و ١٢؛ وتهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٢ ـ ٥٣، ح ٢٢٦ ـ ٢٢٨.

٤. الخلاف، ج ٣، ص ١٧٣، المسألة ٢٨٣.

٥. في «ن، س»: «المصنّف». بدل «المفيد». وما أثبتناه مطابق لسائر النسخ. وكلاهما صرّحا به. قال المفيد في المقنعة، ص ٦١٠: ولا بأس أن يبتاع الإنسان من غيره متاعاً أو حيواناً أو عقاراً بالنقد والنسيئة معاً على أنْ يسلف البائع شيئاً في مبيع، أو يستسلف منه في مبيع أو يقرضه مائة درهم إلى أجل أو يستقرض منه؛ والعلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٢٤، المسألة ٢٩٧: الرابع: أنّه اتّفاق علماء الإماميّة السابقين؛ فإنّهم قالوا: لابأس ←

وإذا ادّعى المشتَري النقصَ ولا بيّنَةَ، فإنْ حضر الكيلَ أو الوزنَ قُدّمَ قولُ البائعِ مع اليمينِ، وإلّا قولُهُ معها.

وإذا أسلف في موضعٍ وطالبَه به في غيره لم يَجِبْ دفعُهُ، وكذا لو طالَبَهُ بالقِيمَةِ، وكذا القرضُ. ولو طالَبَهُ بِسِعْرِ مَوضِعِ القرضِ لم يُجْبَرْ. ولو كانَ غَصْباً وَجَبَ دَفْعُ المثلِ أينَ طَلَبَ، فإنْ تعذَّر فالقِيمةُ عِنْدَ المُطالَبَة في بلدِها.

وإطلاقُ النَقدِ والوَزنِ يَنْصَرِفُ إلى البَلَدِ، ولو تَعدّد فالأغلبُ، فإنْ تَساوَيا بَطَل إنْ لم يُعَيَّنْ.

● ولَوِ اخْتلفا في قَدْرِ الثمنِ ولا بيّنَةَ، فالقولُ قولُ البائعِ مع يَمينه إنْ كانتِ السِلْعَةُ قائمةً. وقيل: إنْ كانتْ في يَدِه. وقولُ المشتَري مع التلفِ. وقيل: إنْ كانتْ في يَدِه.

قوله ﴿؟﴾: «ولو اختلَفا في قَدْرِ الثمنِ ولا بيّنةَ، فالقولُ قولُ البائعِ مع يَمينه إنْ كانت السِلعةُ قائمةً. وقيل: إنْ كانت في يده. وقول المشتَري مع التَلَفِ. وقيل: إنْ كانت في يده».

أقول: ما أفتى به هو مذهبُ الشيخِ في كُتُبه الثلاثةِ ـ مدّعياً الإجماعَ في الخلاف [1] ـ وابن البرّاج [2]، ونجمِ الدين [3]؛ لأنّ المشتَري حالَ بقاء السِلعَة يدّعي نقلَها إليه بالثمن الأقلّ والبائع يُنكره، فالقول قولُه؛ والبائعُ حالةَ التلف يدّعي زيادةَ الثمن في ذمّة المشتَري والمشتَري يُنكِرُها، فالقول قوله؛ ولما رواه أحمدُ بنُ محمّدِ بنِ أبي نصرٍ عن رجلٍ عن الصادق ﴿؟﴾ في الرجل يبيع الشيءَ، فيقول المشتَري: هو بكذا وكذا، بأقلّ ممّا قال البائعُ،

← أن يبتاع الإنسان من غيره متاعاً أو حيواناً أو غير ذلك بالنقد والنسيئة، ويشترط أنْ يسلفه البائع شيئاً في مبيع، أو يستسلف منه في مبيع، أو يقرضه شيئاً معلوماً إلى أجل، أو يستقرض منه، فيكون حجّة لما ثبت من أنّ إجماع الإماميّة حجّة.

١. الخلاف، ج ٣، ص ١٤٧، المسألة ٢٣٦؛ المبسوط، ج ٢، ص ١٤٦؛ نكت النهاية، ج ٢، ص ١٤٢ ـ ١٤٣، ولم نجده في النهاية لأنّ فيها سقطاً.

٢. جواهر الفقه، ص ٥٧، المسألة ٢٠٩.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٧.

ولَوِ اخْتلفا في تأخيرِ الثمنِ أو قَدْرِ الأجَلِ أو شَرطِ رَهْنٍ من البائعِ على الدَّرَكِ أو ضمينٍ أو قال: ثوباً فقال: بل ثَوبَيْنِ، فالقولُ قولُ البائعِ مَعَ اليمينِ.

قال: «القول قولُ البائع إذا كان الشيءُ قائماً بعَينه مع يمينه» [١]. وفيه دَلالةٌ على أنّ القولَ قولُ المشتَري مع التلف؛ لأنّ في «إذا» معنى الشرط.

وأجاب ابنُ إدريسَ [٢] والمصنِّفُ بالطعنِ في سند الرواية بالإرسال، ثمّ مال المصنِّفُ في المختلف إلى تقديمِ قولِ البائعِ مع بَقاءِ السِلْعَةِ؛ عملاً بالاستصحاب.

ولم يسلِّمِ البائعُ زوالَ المِلكِ عنه، فينتفي الاستصحاب، بل يسلِّمُ الزوالَ بالقدرِ الذي ادّعاه [٣].

والقولُ المشارُ [٤] إليه هنا في الموضعينِ هو قولُ ابن الجُنَيْد، وزاد أنّ البائعَ إذا حَلَفَ تخيَّر المشتَري بينَ الأخذِ والتركِ، وإنْ كان المشتَري قد أحدثَ في السِلْعَةِ حَدَثاً فهو كما لو كانت في يده [٥].

وقال أبو الصلاح: إذا اختلفا قبلَ القبضِ ولا بيّنةَ لزِم كُلّاً ما أقرّ به، وحُلِّفَ على ما أنكره، وفَسخُ البيع أولى [٦]. وتردّد ابنُ إدريسَ فتارةً قال بقول الشيخ [٧]، وتارةً يُقوّي قولَ ابن الجُنيد [٨].

أمّا إذا كان في يد المشتَري فلموافقته الأصلَ من تقديم المُنكِر، وأمّا إذا كان في يد البائع فلأنّ المشتَري يدّعي انتزاعه من يده، فالبائعُ مُنكِرٌ.

---

١. الكافي، ج ٥، ص ١٧٤، باب إذا اختلف البائع والمشتري، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٦٩ ـ ٢٧٠، ح ٣٩٧٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠، ح ١٠٠١. وفي الكافي: «أحمد بن محمد بن نصر عن بعض أصحابه»، وفي الفقيه رواها مرسلاً.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٢٨٣.

٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣١٧ ـ ٣١٨، المسألة ٢٩٢.

٤. هو ما أشار إليه العلّامة في المتن بقوله: «وقيل إنْ كانت في يده ....، وقيل....».

٥. حكاه عنه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣؛ والعلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣١٥، المسألة ٢٩٢.

٦. الكافي في الفقه، ص ٣٥٥.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٢٨٢.

٨. السرائر، ج ٢، ص ٢٨٣.

ولو قال: بعتُك العبدَ فقال: بل الأمةَ تحالفا وبَطَلا. ولو قال: بعتُك بِعَبْدٍ، فقال: بل بِحُرٍّ، أو قال: فسختُ قَبْلَ التفرّقِ فأنكرَ قُدِّمَ قولُ مُدَّعِي الصحّةِ مَعَ اليمينِ.

وأُجرةُ الكيّالِ و وَزّانِ المَتاعِ على البائع، وأُجرةُ الناقدِ ووزّانِ الثمنِ على المشتري. وأُجرةُ الدلّالِ على الآمرِ، ولو باعَ وَاشترى فأُجرةُ البَيْعِ على آمرِهِ وأُجرةُ الشِراءِ على آمرِه.

وقدّم المصنّفُ في المختلف قولَ المشترى مع قيامِ السِلْعَةِ أو تَلَفِها في يد المشتري أو في يدِ البائعِ بعدَ الإقباض، والثمنُ معيّنٌ، والأقلُّ لا يغايرُ أجزاءَ الأكثر؛ عملاً بالأصل من تقديمِ قولِ المنكِر. ثمّ قال: ويُحتملُ التحالفُ؛ لأنّ كلّاً منهما مدَّعٍ ومنكِرٌ. ثمّ حكم بالتحالف مع المغايرةِ لأجزاءِ الثمن؛ لأنّهما اختلفا في عين الثمن ولا ترجيح [1].

قلت: قد اضطربتْ أقوالُ المتأخّرين في هذه المسألةِ كما سمعتَ. والمعتمدُ ما أفتى به الشيخُ [2] وأتباعُه [3]. والرواية [4] وإنْ كانتْ مرسلةً فهي مشهورةٌ بين الأصحابِ، وقدِ ادّعى في الخلاف الإجماعَ على مضمونها [5]، ومَنْعُ ابن إدريسَ [6] له غيرُ متوجِّهٍ؛ لأنّه شهادةٌ على النفي. وإرسالُ الثقةِ ليس بعيداً من القبولِ، خصوصاً مع اعتضادِ روايتِهِ بالعملِ، والراوي هو البزنطي، وقد نصّوا على توثيقِهِ [7]. قال المصنّفُ في الخلاصة: أجمعوا على تصحيح ما يصحّ عنه وأقرّوا له بالفقهِ [8].

---

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣١٦ ـ ٣١٧، المسألة ٢٩٢.

٢. تقدّم تخريجه في ص ١٠٥، الهامش ١.

٣. منهم القاضي ابن البراج في جواهر الفقه، ص ٥٧، المسألة ٢٠٩؛ والمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٣٧؛ ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٢٧١؛ والعلّامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٩٥.

٤. تقدّم تخريجها في ص ١٠٥ ـ ١٠٦، الهامش ١.

٥. الخلاف، ج ٣، ص ١٤٧ ـ ١٤٨، المسألة ٢٣٦.

٦. السرائر، ج ٢، ص ٢٨٣.

٧. العُدّة في أُصول الفقه، ج ١، ص ١٥٤؛ الفهرست، ص ٥٠، الرقم ٦٢؛ رجال الطوسي، ص ٣٣٢، الرقم ٤٩٥٤ في أصحاب الكاظم ﷺ، وص ٣٥١، الرقم ٥١٩٦ في أصحاب الرضا ﷺ.

٨. خلاصة الأقوال في معرفة الرجال، ص ٦١، الرقم ٦٦.

والدلّالُ أمينٌ، والقولُ قولُهُ في عَدَمِ التفريطِ، والقِيمَة مَعَهُ.

المطلبُ السادسُ في الشُفعةِ

وفيه فصلانِ:

[الفصلُ] الأوّلُ في الشرائطِ

إذا باع أحدُ الشـريكَيْنِ حِـصَّتَهُ، كـان للآخَـرِ أخْـذُهُ بِـما وقـع عـليه العـقدُ بشروطٍ ثمانيةٍ:

الأوّل: أنْ لا يَزيدَ الشركاءُ على اثنينِ، ولو باع بعضَ حِصَّتِهِ فللآخَرِ الشُـفعةُ بِكَمالِها، ولو ماتَ الشفيعُ قبلَ الأخذِ فللوَرثَةِ المطالبةُ، ولو عفا أحدُهم فللباقِي أخذُ الجميعِ أو التركُ.

الثاني: انتقالُ الحِصَّةِ بِالبَيْعِ، فَلَوِ انْتَقلتْ بِالهِبَةِ أو غَيْرِها مِنَ العُـقودِ لم تَـثْبُتِ الشُفعةُ، سَواء تضمَّنَ العقدُ عِوضاً أوْ لا.

الثالث: كونُ المـبيعِ مِـمّا لا يُـنْقَلُ ويُـحَوَّلُ كـالأرَضِينَ والبَسـاتِينِ والدورِ، ● ولا تثبتُ فِيما يُنْقَل كالأثاثِ والحَيَوانِ على رأيٍ، وتثبتُ في النَخْلِ والشَـجَرِ والبَناءِ تَبعاً للأرض، لا في الثَمرةِ وإنْ كانَتْ على الأصلِ وبِيعا معاً.

قوله ـ المطلب السادس في الشفعةِ ـ: «ولا تَثبُتُ فـيما يُـنقل كـالأثاثِ والحَـيوانِ على رأي».

أقول: اختلف الأصحابُ في محلِّ الشُفعَةِ [1] على أقوالٍ:

الأوّل : ما اختاره المصنِّفُ من ثبوتِها في غيرِ المنقولِ كالأرضينَ والبسـاتينِ والدوُرِ،

---

١. الشفعة: كغرفة قد تكرّر ذكرها في الحديث. وهي في الأصل التقوية والإعانة، وفي الشرع استحقاق الشـريك الحصّة المبيعة في شركتِهِ. واشتقاقها ـ على ما قيل ـ من الزيادة؛ لأنّ الشفيع يضمّ المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنّه كان واحداً وتراً فصار زوجاً شفعاً. النهاية في غـريب الحـديث والأثـر، ج ٢، ص ٤٨٥؛ لسـان العـرب، ج ٨، ص ١٨٤، «شفع».

....

دون المنقولِ كالأثاثِ والحَيوانِ [١]. وهو اختيارُ الشَيخِ في المبسوط [٢] وابنِ حمزةَ [٣] والطَبْرسِي [٤] ونجمِ الدين [٥]، ونَقَلَهُ المصنِّفُ عن والده [٦].

الثاني: ثبوتُها في كلِّ مبيعٍ. وهو قولُ المرتضى [٧] وأبي عليّ بن الجُنَيْدِ [٨] وأبي الصلاح [٩] والقاضي [١٠] وابن إدريسَ [١١].

الثالث: ثبوتُها في كلِّ مَبيعٍ عدا مالا يُمكن قسمتُه. وهو قولُ الشيخِ في النهاية [١٢].

الرابع: ثبوتُها في المَقْسومِ أيضاً. وهو ظاهرُ ابن أبي عقيلٍ [١٣].

الخامس: ثبوتُها في العبدِ دونَ غيره مِنَ الحَيوانِ. وهو شيءٌ نَقَلَه نجمُ الدينِ [١٤]، ويَقرُبُ منه اختيارُ المصنِّفِ في المختلفِ؛ حيثُ أثبتَها في العبدِ والأرضِ والمَسكنِ، مستدلّاً على خصوصيّة العبدِ بصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال في المملوك بين شركاءٍ: فيبيعُ أحدُهم

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٥٥٧، الرقم ٦١٦٨.
٢. المبسوط، ج ٣، ص ١٠٦.
٣. الوسيلة، ص ٢٥٨.
٤. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٤٩، المسألة ٣٢٤.
٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٩؛ المختصر النافع، ص ٣٧١.
٦. حكاه عن أبيه في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٤٩، المسألة ٣٢٤.
٧. الانتصار، ص ٤٤٨، المسألة ٢٥٦؛ جوابات المسائل الموصليّات الثانية، ضمن رسائل الشريف المرتضى، ج ١، ص ١٧٦ ـ ١٨٠.
٨. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٤٨، المسألة ٣٢٤.
٩. الكافي في الفقه، ص ٣٦٢.
١٠. المهذّب، ج ١، ص ٤٥٨.
١١. السرائر، ج ٢، ص ٣٨٩.
١٢. النهاية، ص ٤٢٣ و ٤٢٤، قال: كلّ شيءٍ كان بين شريكين من ضياع أو عقارٍ أو حَيَوان أو متاع، ثمّ باع أحدهما نصيبه، كان لشريكه المطالبة بالشفعة ثمّ قال: ولا شفعة فيما لايصحّ قسمته مثل الحمّام والأرْحيةِ وما أشبههما.
١٣. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٢، المسألة ٣٢٥؛ وقال ابن أبي عقيل: الشفعة في الأموال المشاعة أو المقسومة جميعاً.
١٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٩؛ المختصر النافع، ص ٣٧١.

....

تصيبه فيقول الآخر: أنا أحقُّ به أله ذلك؟ قال: «نعم إذا كان واحداً»، فقيل له: أفي الحَيوانِ شُفعةٌ؟ فقال: «لا»[١].

ووَجْهُ ما اختارَه المصنِّفُ هنا أنّ الأصلَ عدمُ التسلُّطِ على مالِ المُسْلِمِ، فيقْتَصرُ فيه على محلِّ الإجماع ويبقى الباقي على الأصل؛ ولِما رواهُ سليمانُ بنُ خالدٍ عن الصادق عليه السلام قال: «لَيْسَ في الحَيوانِ شُفْعَةٌ»[٢]؛ ولِما رواهُ السكوني في الموثَّق عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لاشُفعَةَ في سَفينةٍ ولا في نهرٍ ولا في طريقٍ»[٣]؛ ولما رُوي عن طلحةَ بنِ زَيدٍ عن جعفرٍ، عن أبيه، عن عليٍّ عليه السلام قال: «لا شُفْعَةَ إلّا لشريكٍ [غير] مُقاسَمٍ»[٤]، ويَظْهر مِن هذه المنعُ من بعضِ ما ادَّعوه.

واحتجاج المُعَمِّمينَ بِروايةِ يُونسَ عن بعضِ رجالِهِ عن الصادق عليه السلام قال: سألتُه عَنِ الشُفعَةِ لِمَنْ هِيَ؟ وفي أيِّ شيءٍ هي؟ ولِمَنْ تَصلح؟ وهل يكونُ في الحَيوان شُفعةٌ؟ فقال: «الشُفعَةُ جائزةٌ في كلِّ حَيوانٍ أوْ أرْضٍ أو مَتاعٍ»[٥] الحديث، ضعيفٌ؛ لإرسالها.

ولا يُقال: إنّ الروايةَ دلَّتْ عَلَى الجَوازِ والبحثُ في اللزُومِ. فنقول: الجوازُ يستلزمُ اللزومَ مِنْ جِهَةِ المشتَري، ولم يُوجِبْها أحدٌ على الشريك.

---

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠، المسألة ٣٢٤؛ والرواية في الكافي، ج ٥، ص ٢١٠، باب شراء الرقيق، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٦، ح ٧٣٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٦، ح ٤١٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٥، ح ٧٣٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٧ ـ ١١٨، ح ٤١٩.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٢٨٢، باب الشفعة، ح ١١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٧٨، ح ٣٣٧٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٦، ح ٧٣٨؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٨، ح ٤٢٠.

٤. الفقيه، ج ٣، ص ٧٨، ح ٣٣٧٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٧، ح ٧٤١. والزيادة من المصدرين، وهو الصحيح، وفي النسخ ومختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٤٩، المسألة ٣٢٤: «لشريك مقاسم» ولعلّ الشهيد أخذه عنه.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٢٨١، باب الشفعة، ح ٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ٧٩، ح ٣٣٨٠، رواه مرسلاً؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٤، ح ٧٣٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٦، ح ٤١٣، وفي جميع المصادر: «في كلّ شيء من حيوان و...»، وفي الفقيه: «الشفعة واجبة».

....

واحتجَّ الشيخُ في الخلاف بما رواهُ في التهذيبِ [1]؛ وبما رواه جابرٌ قال: إنّما جَعَل رسولُ اللّه الشفعةَ فيما لم يُقْسَم «فإذا وَقَعَتِ الحدودُ وضُـرِبَتِ الطُّـرُقُ فـلا شُـفعةَ» [2]؛ و«إنّما» للحصرِ، والحدودُ والطرقُ للأملاك؛ وروى جابرٌ عن النبيّ: «لا شُـفعةَ إلّا فـي رَبْعٍ [3] أو حائطٍ» [4].

وأمّا حجّةُ النهايةِ فمُركَّبةٌ مِن حجّةِ المُعَمِّم، وَمِنْ حُجَّةِ القـائلِ بـاشتراطِ القسمةِ فـي المسألةِ الثانيةِ [5].

واحتجَّ المصنِّفُ لابن أبي عقيلٍ بصحيحةِ منصورِ بنِ حازمٍ عن الصادق في دارٍ بين قَومٍ اقْتَسَمُوها وأخَذَ كلُّ واحدٍ منهم قطعةً فَبَناها وَتَرَكوا بَيْنَهم ساحةً فيها مَـمَرُّهم، فَـجاء رجلٌ فاشتَرى نصيبَ بعضِهم أَلَه ذلك؟ قال: «نعم ولكن يَسُدُّ بابَه [ويَفْتَح باباً إلى الطريق أو يَنْزِلُ من فَوق البيتِ ويَسدُّ بابَه] [6]. وَإنْ أراد صاحبُ الطريق بيعَهُ، فإنّهم أحقُّ به، وإلّا فـهو طَرِيقُه يجيء ويجلِسُ على ذلك الباب» [7].

---

١. راجع تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٤ ـ ١٦٧، باب الشفعة.

٢. الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦٥٢ ـ ٦٥٣، ح ١٣٧٠؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٨٥، ح ٣٥١٤؛ صحيح البخاري، ج ٢، ص ٧٨٧، ح ٢١٣٨؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٨٣٤ ـ ٨٣٥، ح ٢٤٩٩؛ سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٤٧٤، ح ٩٩/٤٤٧٥، كتاب في الأقضية والأحكام. وفي جميع المصادر: «وصُرِّفت الطرق» بدل «وضربت الطرق» وفي سنن النسائي، ج ٧، ص ٣٤٢، ح ٤٧١٣: «عرفت الطُّرق».

٣. الرَّبْعُ: المنزل ودار الإقامة. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ١٨٩، «ربع».

٤. الخلاف، ج ٣، ص ٤٢٥ ـ ٤٢٦، المسألة ١؛ والحديث في نصب الراية، ج ٤، ص ١٧٨، الحديث الثاني؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٢٩، ح ١٣٣/١٦٠٨؛ سنن الدارقطني، ج ٣، ص ٤٦٧، ح ٧٦/٤٤٥٢، كتاب فـي الأقـضية والأحكام؛ السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٧٢ ـ ١٧٣، ح ١١٥٧٢.

٥. النهاية، ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

٦. ما بين المعقوفين أضفناه من المصادر.

٧. الكـافي، ج ٥، ص ٢٨١، بـاب الشـفعة، ح ٩؛ تـهذيب الأحكـام، ج ٧، ص ١٦٥، ح ٧٣٢؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١٧، ح ٤١٨.

الرابع: أنْ يكونَ المبيعُ مِمّا تَصِحُّ قِسْمَتُهُ، ● فلا شُفعةَ فِيما لا تَصِحُّ قِسْمَتُه كالحمّاماتِ والدّكاكِينِ الضَيِّقَةِ والطُرُقِ الضَيِّقَةِ على رأيٍ، ولو كانَ الطريقُ والنهرُ مِمّا لا يَتَضرّر صاحِبُه بِالقِسْمةِ تثبت الشفعةُ.

وَأجابَ بالقَول بالموجِب؛ للاشتراك في الطريق، وليس النزاعُ فيه [١].

ثمّ إنّ ابنَ أبي عقيلٍ رجَّحَ الخليطَ على الجارِ [٢]، وربما احتجَّ بقول النبيّ ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ» [٣]، وسوءُ الجوار إضرارٌ. وأُجيبَ بِأنّ عَدَمَ الضَرَرِ وَالضِرارِ أَعمُّ مِن ثبوتِ الشُفعةِ. والعامُّ لا يستلزِمُ الخاصَّ [٤].

قوله ﷺ: «فلا شُفعةَ فيما لا تصحُّ قسمتُه كالحمّامات والدكاكينِ الضَيِّقَةِ والطُرُقِ الضَيِّقةِ على رأي».

أقول: قد عرفت أنّ هذا مذهبُ الشَيخ في النهاية [٥]، واختارَهُ في الخلاف [٦] والمبسوط [٧] أيضاً، وبه أفتى عليُّ بنُ بابويهِ [٨] وسلّارُ [٩].

---

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٣، المسألة ٣٢٥.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٢، المسألة ٣٢٥.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٢٨٠، باب الشفعة، ح ٤، وص ٢٩٢ ـ ٢٩٤، باب الضرار، ح ٢، ٦، ٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ٧٦، ح ٣٣٧١؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦ ـ ١٤٧، ح ٦٥١.

٤. حكى هذا الاحتجاج عن ابن أبي عقيل فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩٨ ـ ١٩٩: لا شفعة بالجوار وكلام ابن أبي عقيل يشعر بثبوتها للجار... واحتجّ ابن أبي عقيل بوجود السبب وهو الخوف من عشرة الداخل؛ لقول الصادق ﷺ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرض والمساكن»، وقال ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»، وهو من باب الإيماء، والدالّ على العلّيّة، كما تقرّر في الأصول. والجواب أنّه لو سلّم لكان الموجود هو الحكمة التي يشتمل عليها الوصف الذي جعله الشارع سبباً للحكم وهو الشركة، ولا يلزم من ثبوت الحكمة مجرّدة عن الوصف ثبوت الحكم المعلّل بالوصف.

٥. النهاية، ص ٤٢٤، قال فيها: ولا شفعة فيما لا يصحّ قسمته مثل الحمّام والأرحية وما أشبههما.

٦. الخلاف، ج ٣، ص ٤٤١، المسألة ١٦.

٧. المبسوط، ج ٣، ص ١١٩.

٨. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٣، المسألة ٣٢٦؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩٩.

٩. المراسم، ص ١٨٣.

الخامس: أنْ يكونَ البائعُ شَريكاً بالجزءِ المُشاعِ، فلو قُسِّم وباع فلاشفعةَ، نَعَمْ تَثبتُ بِالشركَةِ في النهرِ والطريقِ والساقيةِ وإنْ تميَّزَ بِالقِسمةِ.

السادس: قدرةُ الشفيعِ على الثمن، فلو كانَ عاجِزاً عنه بَطَلَتْ شفعتُهُ، وكذا لو ماطَلَ أو هَرَبَ. ولَوِ ادّعى غيبةَ الثمنِ أُجِّلَ ثلاثةَ أيّامٍ، فتبطلُ إنْ لم يُحْضِرْهُ فِيها. ولو ذكر غيبتَهُ في بلدٍ آخَرَ أُجِّلَ قَدْرَ وُصُولِهِ إليه وثلاثةَ أيّامٍ ما لم يتضرّر المشتَري.

● السابع: المطالبةُ على الفورِ على رأي، فلو أخَلَّ بها مع قدرَتِهِ بطلتْ،

وقال المرتضى [1] وابنُ الجُنَيدِ [2] وابنُ إدريسَ: تثبت الشفعةُ [3]؛ لأنّها موضوعةٌ لإزالةِ الضرر، وهو حاصلٌ في غيرِ المقسومِ، ولا فرقَ بين الضَرَرِ الدائمِ والمُنْقَطِعِ.

والجواب: أنّ الضررَ إنّما هو طلبُ القسمةِ؛ لما يَلحقها من المؤونة ولا يمكن إلّا في المدّعي، ويُمنع عدمُ الفرق بين الضررَين.

قوله ﷺ: «السابعُ: المطالَبَةُ على الفورِ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ الشيخِ ﷺ [4] والقاضي [5] وابن حمزةَ [6] والطَبرِسي [7] ونجمِ الدين [8] وسديدِ الدين [9] ونجيبِ الدين [10]، واختاره المصنِّفُ في المختلفِ [11]؛ لأنّها حقٌّ بُنِيَ

---

١. الانتصار، ص ٤٤٨، المسألة ٢٥٦.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٣، المسألة ٣٢٦.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

٤. النهاية، ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥؛ الخلاف، ج ٣، ص ٤٣٠، المسألة ٤؛ المبسوط، ج ٣، ص ١٠٨.

٥. المهذّب، ج ١، ص ٤٥٨ ـ ٤٥٩: ومن وجبت له الشفعة فطولب بإحضار المال، فمطل به ودافع أو كان عاجزاً عنه، بطلت شفعته.

٦. الوسيلة، ص ٢٥٨.

٧. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٦١، المسألة ٣٣٢.

٨. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٠٥؛ المختصر النافع، ص ٢٧٣.

٩. حكاه عنه ولده في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٦١، المسألة ٣٣٢؛ وسبطه في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٠٩.

١٠. الجامع للشرائع، ص ٢٧٨.

١١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٦١، المسألة ٣٣٢.

ولو أخَلَّ لِعُذرٍ عنها وعن التوكيلِ، أو لِعدمِ علمِهِ، أو لِتَوهُّمِ كَثْرَةِ الثمنِ، أو لِتوهُّمِ نَقْدٍ مُعيّنٍ أو جِنسٍ بِعينِهِ لم تَبْطُلْ.

بقرينة ثبوتِها في بعضٍ دونَ بعضٍ، وبعقدٍ دون عقدٍ فلا يناسب التوسعةَ؛ ولأدائه إلى ضرر المشتَري؛ إذ قد لا يَرْغَبُ في عمارةِ مِلكِهِ، لتزلزله، وهو منفيٌّ بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[١].

ولما رواه عليُّ بنُ مهزيارٍ في الحسن قال: سألت أبا جعفرٍ الثاني ؑ عن رجلٍ طلب شُفعةَ أرضٍ فذهب على أنْ يُحْضِرَ المالَ فلم يَنِضَّ[٢]، فكيف يَصنعُ صاحبُ الأرضِ إنْ أراد بيعَها؟ أيبيعُها أو ينتظرُ مجيءَ شريكِهِ صاحبِ الشفعةِ؟ قال ؑ: «إنْ كان معه بالمِصر، فلينتظرْ إلى ثلاثةِ أيّامٍ فإن أتاه بالمال، وإلّا فليبعْ وبطلت شفعتُه في الأرض»[٣]. حكم ببطلان الشفعةِ بعد مُضيّ ثلاثةِ أيّامٍ، ولو تراخت لم يبطل بمضيِّها كما إذا لم يطالب؛ إذ ليس للمطالبةِ أثرٌ في بطلانِها؛ لأنّه سببُ وجودِها، فلا يؤثّر في عدمها؛ ولأصالة عدمِ انتزاعِ مالِ الغير قهراً إلّا في موضع الإجماع. وروى العامّةُ عن النبيّ ﷺ: «الشفعةُ لمن واثبها»[٤].

وذهب المرتضى[٥] وابنُ الجُنَيدِ[٦] وابنُ بابويه[٧] وابنُ ادريسَ إلى أنّها على التراخي[٨]،

---

١. تقدّم تخريجها في ص ١١٢، الهامش ٣.

٢. نضَّ المالُ يَنِضُّ، إذا تحوّل نقداً بعد أن كان متاعاً؛ لأنّه يقال: مانضّ بيدي منه شيءٌ. وخُذ ما نضّ لك من دَينٍ أي تيسّر. الصحاح، ج ٢، ص ١١٠٧ ـ ١١٠٨؛ لسان العرب، ج ٧، ص ٢٣٧؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٥، ص ٧٢، «نضض».

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٧، ح ٧٣٩.

٤. لم نعثر عليه في كتبهم الروائيّة. وقال ابن قدامة في المغني، ج ٧، ص ٤٥٤: رواه الفقهاء في كتبهم؛ وأيضاً رواه العلّامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٣١٢، المسألة ٧٨٤؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٠٩؛ والسيوري في التنقيح الرائع، ج ٤، ص ٩١، وقال: مارواه الجمهور من قوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها» أي عاجلها.

٥. الانتصار، ص ٤٥٤، المسألة ٢٥٩.

٦. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٦١، المسألة ٣٣٢؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٠٩.

٧. هو عليّ بن بابويه على ما حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٦١، المسألة ٣٣٢؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٠٩.

٨. السرائر، ج ٢، ص ٣٨٨.

والمحبُوسُ على حقٍّ معذورٌ مع عَجْزِه لا بدونِه، والمجنونُ والصبيُّ مَعْذُورانِ مع إهمالِ الوَلِيِّ لِغَيْرِ المَصْلَحَةِ لا لَها.

ولو قَدِمَ الغائبُ العاجزُ عن الحضورِ والوكالةِ كانَ له الأخذُ وإنْ تَطاوَلَ دَهْرُه، ولم يُشْهِد مَعَ إمكانِه.

ولا يَجِبُ تَجاوُزُ العادَةِ في المَشْيِ، ولا قَطْعُ العِبادةِ المندوبةِ، ولا تركُ الصلاةِ بعدَ دخولِ وَقْتِها.

الثامن: إسلامُ الشفيعِ إنْ كانَ المشتَري مسلِماً، فلا تثبتُ لِلكافرِ وإنْ كانَ ذِمّيّاً على المسلمِ، ولا اعتِبارَ بالبائعِ، وتثبتُ للمُسلمِ والكافرِ على الكافرِ.

الفصلُ الثاني في الأحكام

يَستحِقُّ الشفيعُ الأخذَ بالعقدِ، وإنِ اشْتملَ على خِيارٍ للبائع فَبَعْدَ انْقِضائِه، ولا يملكُ إلّا بالأخذِ، وإنّما يأخُذُ الجميعَ أو يتركُ، ويأخُذُ بماوَقَعَ عليه العقدُ وإنْ بِيعَ بأضعافِ ثَمَنِ المثلِ وأُبرِئَ المشتَري من أكثرِه حِيلَةً لِسقوطِها،

وهو ظاهرُ مَذهبِ أبي الصلاح [١]؛ لأنّ البيعَ سببٌ في استحقاقها، والأصل بقاء ما كان على ما كان، وللإجماع على ذلك، ولأنّ سائر الحقوقِ كالوديعةِ وأمثالها لا تَسقُطُ إلّا بالإسقاط فكذا الشُفعةُ.

والجواب: المنعُ من سببيّةِ البيعِ نَفْسِهِ بل حدوثُ علمه، والحدوثُ يَبطلُ في زمان البقاء والاستصحابُ ضعيفٌ. ودعوى الإجماعِ [٢] ممنوعةٌ مع معارَضَتِها بدعوى الشيخ [٣]. ولانُسلِّم أنّ مُطلَقَ الحقوقِ لا يَبْطُل بالتركِ بل ذلك مختصٌّ بما عدا الفوري، على أنّ الفرقَ قائمٌ بين الإيداع والشفعةِ؛ لحصول الضررِ في الثاني.

---

١. الكافي في الفقه، ص ٣٦١. فإنّه قال: وإنْ علم بالبيع وأسقط حقَّ المطالبة بطلت الشفعة.

٢. الذي ادّعاه السيّد المرتضى في الانتصار، ص ٤٥٤، المسألة ٢٥٩.

٣. في الخلاف، ج ٣، ص ٤٣٠ ـ ٤٣١، المسألة ٤.

ولا يلزمهُ غيرُه مِنْ دلالةٍ وشبهِها وزيادةٍ في مُدَّةِ الخيارِ.

ولو دفع عَرْضاً يساوي بعضَ الثمنِ أخذَهُ الشفيعُ بالمسمّى، ولو ضُمَّ المَشفوعُ بِغَيرِه أخذَ المشفوعَ بِالحِصَّةِ ولا خيارَ للمشتَري، ● فإنْ كانَ الثمنُ مِثْلِيّاً دفع المِثلَ، وإلّا القِيمَةَ على رأيٍ، ويُعتبرُ يومَ العقدِ.

قوله ﷺ: «فإنْ كان الثمنُ مِثليّاً دَفَع المثلَ وإلّا القيمةَ على رأيٍ».

أقول: لا خلاف في ثبوتِ الشفعةِ إذا كان الثمنُ مِثليّاً، والخلاف فيما لو كان قيميّاً. فذهب المصنِّفُ في بعضِ كُتُبه إلى ثبوتِها [١] أيضاً. وهو مذهبُ الشيخِ في المبسوط [٢] والمفيدِ [٣] وأبي الصلاحِ [٤] وابن إدريسَ [٥] ونجم الدين [٦]؛ لعموم الأدلّةِ الدالّةِ على ثبوتِ الشُّفعةِ؛ ولقيامِ القيمةِ مقامَ العوضِ المدفوعِ غالباً.

وذهب الشيخُ في الخلافِ إلى السقوطِ [٧]. واختارَه ابنُ حمزةَ [٨] والطَّبْرِسيُّ [٩] والمصنِّفُ في المختلف؛ لأصالةَ عدمِ التسلّط إلّا في محلّ الاتّفاق؛ ولأنّها معاوَضةٌ غيرُ مرضيٍّ بها فتَبطل [١٠]؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [١١]. لا يقال: كلُّ شُفعَةٍ، فإنّ التراضي غير شرطٍ فيها. فنقول: في المِثلي لا أثر للسخط فيه؛ لأنّه يبذل ما يساويه في المصلحة بخلاف القِيمي، فإنّ المشتَري إنّما بَذَلَ عَرْضَهُ بإزاء العَين المطلوبةِ فإذا فاتت

---

١. تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨، المسألة ٧٤٥؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٥١.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ١٠٨ قال: وإنْ لم يكن له مثلٌ أخذه بقيمته، وقال في ص ١١١: وإنْ كان بثمن لامثل له كالثياب... فلا شفعة عند أصحابنا وفيه خلاف.

٣. المقنعة، ص ٦١٩.

٤. الكافي في الفقه، ص ٣٦١.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٣٨٥.

٦. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٠٥؛ المختصر النافع، ص ٢٧٢.

٧. الخلاف، ج ٣، ص ٤٣٢، المسألة ٧.

٨. الوسيلة، ص ٢٥٨.

٩. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٨، المسألة ٣٢٩.

١٠. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٨، المسألة ٣٢٩.

١١. النساء (٤): ٢٩.

ولو تقايَلَ المُتبايعانِ لم تَبْطُلِ الشُفْعَةُ، وكذا لو باع المشتَري، فإنْ شاءَ أخذَ مِنَ الثاني، والشفيعُ يأخُذُ مِن المُشتَري والدَرَكُ عليه، ولا يجبُ على المشتَري القبضُ مِنَ البائع.

ولو تَعَيَّبَ بغيرِ فِعْلِ المُشتَري أو بِفِعْلِهِ قَبْلَ الطلبِ أخذَ الشفيعُ بالجميعِ أو تَرَكَ، والأنقاضُ له، ولو تَعَيَّبَ بفعلِهِ بعدَ الطلبِ ضَمِنَ المشتَري.

ولو غَرَسَ فأخَذَ الشَفيعُ فَقَلَعَ المشتَري لم يَجِبْ عليه الإصلاحُ، ولو لم يَقْلَعْ كانَ لِلشفيعِ القَلْعُ مع دَفْعِ الأرشِ، والنَماءُ المُتَّصِلُ للشفيعِ لا المُنْفَصِلُ.

ولو باع شِقْصَيْنِ والشفيعُ واحدٌ أخذَ الجميعَ أو أحدَهما بِحِصَّتِه، ولوكانَ الثمنُ المعَيَّنُ مستحِقّاً بطلتِ الشُفعةُ بِخلافِ غَيرِه. ولو رَجَعَ المشتَري بأرشِ العَيْبِ

وجب دَفْعُ عَرْضِهِ إليه. ولما رواه عليُّ بنُ رِئابٍ عن الصادق ﷺ في رجلٍ اشترى داراً برقيقٍ ومتاعٍ وبَزٍّ [1] وجَوهرٍ قال: «ليس لأحدٍ فيها شُفعةٌ» [2].

ولما رواه هارونُ بنُ حمزةَ الغَنَوي عن الصادق ﷺ إلى أنْ قال: «فهو أحقُّ بها من غَيره بالثمنِ» [3]، وإنّما يتحقّق ذلك في المِثلي.

وابنُ الجُنَيْدِ نفى الشُفعةَ إلّا أنْ يأتيَ الشفيعُ بعَينِ الثمنِ جمعاً بين حقِّه وحقِّ المشتَري [4].

وصاحبُ الجامع حكى القولَين [5].

ثمّ على القول بالأخذِ، المُعتَبرُ قِيمتُه يومَ العقدِ؛ لأنّه حينَ الانتقال. وأمّا القيمةُ يومَ الأخذ، أو الأرفعُ فلا وجه لهما.

---

١. البَزُّ: الثياب، أو متاع البيت من الثياب ونحوها. القاموس المحيط، ج ٢، ص ١٧٢؛ المغرب، ص ٤٢؛ لسان العرب، ج ٥، ص ٣١١؛ المصباح المنير، ج ١، ص ٤٧، «بزز».

٢. الفقيه، ج ٣، ص ٨٠، ح ٣٣٨٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٧، ح ٧٤٠.

٣. الكافي، ج ٥، ص ٢٨١، باب الشفعة، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٦٤، ح ٧٢٨.

٤. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٥٨، المسألة ٣٢٩؛ قال ابن الجنيد: إذا انتقل عنه بعروض لم يجعل عوضاً من ثمنٍ مقرّر لم يكن للشفيع شفعة، إلّا أنْ يرد على المشتَري تلك العين بذاتها لا بقيمتها.

٥. الجامع للشرائع، ص ٢٧٧.

السابِقِ أَخَذَهُ الشفيعُ بما بعدَه، ولو أسقطَهُ أخذَ الشفيعُ بِالجميعِ.

ويملكُ بقوله: «أخذتُ» أو «تملّكتُ» مع تسليمِ الثمنِ وإنْ لم يَرْضَ المشتَري، أو بدونِ التسليمِ مع رِضى المشتَري بكونِهِ في ذِمَّتِهِ.

ولو قال: «أخذتُ بالثمنِ» وكانَ عالِماً بقدرِه صحّ، وإلّا فلا، وإنْ قال: «بمهما كان».

ولا يجبُ على المشتَري الدَفعُ حتّى يقبضَ. ولو كانَ الثمنُ مؤجَّلاً فله الأخذُ في الحالِ بمؤجَّلٍ، فإنْ لم يكُنْ مَلِيّاً أقام كفيلاً به.

ولو تعذَّرَ انْتفاعُ الشفيعِ للشُغْلِ بالزَرْعِ فَلَه تأخيرُ المُطالَبَةِ إلى الحَصادِ.

والشفعةُ تُورَثُ كالمالِ، ويصحّ الصلحُ على إسقاطِها بعِوَضٍ، ولو باع الشفيعُ نصيبَهُ عالماً أو جاهلاً سقطتْ شُفعتُهُ.

والفسخُ المتعقّبُ لا يُبطِلُ الشفعةَ، كَرَدّ البائعِ الثمنَ المعيَّنَ مِنْ ذَواتِ القِيَمِ لعيبِه، فإنّه يَرجِعُ بقِيمةِ الشِقْصِ لا به. ولو رَجَعَ البائعُ بالأرْشِ لم يَرجِعْ على الشفيعِ إنْ كانَ أخَذَهُ بقِيمةِ الصحيحِ.

ولو باعَ مُدَّعِي الوكالةِ عَنِ الغائبِ ولا بَيِّنَةَ لم يكنْ للشريكِ الشفعةُ إلّا أنْ يُصَدِّقَه. ولَوِ اخْتَلفا في قَدْرِ الثمنِ قُدِّمَ قولُ المشتَري مع اليمينِ، ● ولَوِ اخْتَلف المتبايعانِ فالقولُ قولُ البائعِ مع يمينِهِ، ويأخذُ الشفيعُ بماادَّعاهُ المشتَري على رأي، والقولُ قولُ مُنكرِ الشُفعةِ لَوِ ادَّعى الشريكُ الابْتياعَ أو تأخُّرَه، ولو تداعَيا التأخُّرَ تَحالفا وَاسْتَقرَّ بينَهما.

قوله ﷺ: «ولو اختلف المتبايعانِ فالقولُ قولُ البائع مع يمينِه، ويأخذُ الشفيعُ بما ادَّعاهُ المشتَري على رأي».

أقول: يُريد أنّ المتبايعَين إذا اختلفا في قدر الثمن فإنّه يُقدَّم قولُ البائع على الأقوى، فإذا حَلَفَ أخَذَه الشفيعُ بما ادّعاه المشتَري. وهو الأقوى؛ إذ هو معترِفٌ بأنّ ما ادّعاه هو

● وتبطلُ الشفعةُ بالتركِ مع عِلْمِ البَيعِ وعدمِ العُذْرِ وإنْ لم يُصرِّحْ على رأيٍ، وبالنزولِ قبلَ البَيْعِ على رأي.

الثمنُ الذي وقع عليه العقدُ، والزائدُ ظلمٌ فيؤخذ به. وهو مذهب المصنِّفِ في المختلف [١] وباقي كتبه [٢].

وظاهر كلام الشيخ في المبسوط الأخذُ بما ادّعاه البائعُ؛ لأنّه قال ـ فيما إذا أقام أحدهما بيِّنةً ـ:

يُقضى له بها، ويأخذ الشفيعُ بذلك الثمن المقضيّ به. وإنْ أقاما بيِّنةً أُقرِع، فمن خرج اسمُه حُكِمَ له، وأخذ الشفيعُ بذلك الثمن [٣].

فقد عُرِف منه أنّ الاعتبار بالثمنِ الثابتِ شرعاً؛ لِئلّا يُحكَمَ بثبوتِ ثمنَينِ لِسِلْعَةٍ واحدةٍ بعقدٍ واحدٍ. وكذا ظاهر كلام نَجمِ الدين في الشرائع [٤].

قوله ﷺ: «وتَبطُلُ الشُفْعَةُ بالترك مع عِلْمِ البَيعِ وعدمِ العُذرِ وإنْ لم يُصرِّح على رأيٍ، وبالنزولِ قبلَ البَيعِ على رأيٍ».

أقول: هذا الكلامُ يتضمّن مسألتَينِ خلافيّتَين:

الأُولى: منهما مرّت [٥].

والثانية: أعني نزولَ الشفيع قبلَ البَيعِ عن الشُفْعَةِ. اختار المصنِّفُ هنا بطلانَ الشُفْعةِ بِهِ. ويلوح ذلك من كلامِ الشيخينِ [٦]؛ لأنّ الشُفعَةَ وُضِعَت لإزالة الضرر، ونزولِهِ عنها مؤذِنٌ بعدم الضرر؛ ولما رُوي عن النبيّ ﷺ أنّه قال: «لا يحلّ أنْ يبيع حتّى يستأذنَ شريكَه، فإنْ باعَ

---

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٧٣، المسألة ٣٤٣.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٦١؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٢٩٤، المسألة ٧٦٦؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٥٨٦، الرقم ٦١٩٤.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ١١٠.

٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢١٣.

٥. مرّت في ص ١١٢.

٦. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦١٨: ومتى باع إنسانٌ شيئاً له فيه شريك على أجنبي، والشريك حاضرٌ فأمضى البيع وبارك المبتاع بطلت شفعته؛ والشيخ في النهاية، ص ٤٢٥: ومتى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمنٍ فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن ... لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها.

● ولو شَهِد أو بارَك أو أذِنَ في الابْتياعِ، أو ضَمِنَ الدرَكَ أو توكَّل، ففي الإبطالِ نظرٌ.

ولم يُؤْذِنْهُ فهو أحقّ به»[1]. علّق الاستحقاقَ على عدمِ الاستئذانِ فلا تثبت معه. والنزولُ أمّا بعدَ الاستئذانِ، فظاهرٌ سقوطُ الشُفعةِ. وأمّا قبله فكذلك؛ إذ لا يبقى للاستئذانِ معنىً معقولٌ. ولا نسلّم أنّ ذلك من باب الإسقاط، فيتوقّفُ على تحقّق الاستحقاق كالدَّينِ.

وذهب أبو عليّ[2] وابن إدريسَ[3] إلى أنّه غيرُ مُبطلٍ؛ لأنّه نزولٌ عمّا لم يَجب بعدُ، فجرى مجرى إسقاط المرأةِ صَداقَها قبلَ التزويج. وهو اختيارُ المصنِّفِ في القواعدِ[4] والمختلفِ[5].

قوله ﷺ: «ولو شَهِدَ أو بارَكَ أو أذِنَ في الابتياعِ، أو ضَمِنَ الدرَكَ أو توكّل، ففي الإبطالِ نظرٌ».

أقول: يَنشأُ، من ظهورِ أمارة الرضى بالبَيع في كلِّ واحدةٍ من هذه الصُوَر، ولا يجامِعُ ذلك ثبوتَ الشفعةِ، ويختصُّ الإذنُ بالتمسّك بالخبر المذكورِ في النزول[6]، ومن أنّ البيعَ سببٌ مقتضٍ لثبوتِ الشفعةِ شرعاً، والأصلُ عدمُ بطلانِ ذلك السبب إلّا بمتَّفقٍ عليه ولم يَحصل، فيبقى على أصله، ولاحتمالِ ذلك غيرَ الرضى؛ ولأنّه ليس بأبلغَ من الإسقاطِ قبل البيع.

واعلم أنّ الشيخَ في النهاية[7] وابنَ حمزةَ حكَما ببطلانِ الشفعة مع الشهادة[8].

---

١. سنن النسائي، ج ٧، ص ٣٤١، ح ٤٧١٠؛ فيه عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كلّ شَرِكة لم تُقسم ـ رَبْعةٍ وحائطٍ ـ لا يحلّ له أنْ يبيعه حتّى يُؤذِنَ شريكه، فإنْ شاء أخذ، وإنْ شاء ترك. وإنْ باع ولم يُؤْذِنْهُ فهو أحقُّ به؛ وقريب منه في سنن أبي داود، ج ٣، ص ٧٨٣ ـ ٧٨٤، ح ٣٥١٣؛ والسنن الكبرى، ج ٦، ص ١٧٢ ـ ١٧٣، ح ١١٥٧٢؛ والخلاف، ج ٣، ص ٤٣٩، المسألة ١٣.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٦٩، المسألة ٣٣٦.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٣٩٣.

٤. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٥٧.

٥. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٩٦، المسألة ٣٣٦.

٦. تقدّم آنفاً، الهامش ١.

٧. النهاية، ص ٤٢٤.

٨. الوسيلة، ص ٢٥٨.

والإقالةُ فسخٌ لا بيعٌ، فلا تثبتُ بها شفعةٌ، وشرطُها المُساواةُ في الثمنِ، ويَصِحُّ في الجميعِ والبعض، ومع التقايُلِ إنْ كانَ العوضُ موجوداً أخَذَهُ، وإلّا المثلُ أو القيمةُ.

ومنعه ابنُ إدريسَ [١]. وذهب أيضاً في النهايةِ إلى أنّه إذا بارَكَ بطلت شفعتُه [٢]. ومَنعَه في المبسوط [٣]، وكذا فيها بطلانُها بالإذنِ قبلَ الابتياعِ في البَيعِ [٤]. ومنعه ابنُإدريسَ [٥].

وذهب الشيخُ في المبسوط [٦] والخلافِ إلى عدمِ بُطلان الشفعةِ بالوكالة [٧]، وضَمانِ الدَرك [٨]. واختاره ابنُ إدريسَ [٩]. والشيخُ نجيبُ الدين أبطلَها مع الشهادة، أو إن بارَكَ للبائع أو للمشتري أو عُرِضَ عليه البيع [١٠].



---

١. السرائر، ج ٢، ص ٣٩٣.

٢. النهاية، ص ٤٢٤.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ١٤١ـ١٤٢.

٤. النهاية، ص ٤٢٥ قال: ومتى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم، فلم يُرده فباعه من غيره...، لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة بها.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٣٩٣ قال: والأولى أنْ يقال: إنّ على جميع الأحوال، للشفيع المطالبة بها؛ لأنّه إنّما يستحقّها بعد البيع ولا حقّ له قبل البيع.

٦. المبسوط، ج ٣، ص ١٢٥.

٧. الخلاف، ج ٣، ص ٤٤٨، المسألة ٢٧.

٨. الخلاف، ج ٣، ص ٤٤٧، المسألة ٢٥.

٩. السرائر، ج ٢، ص ٣٩٤، اختاره في الوكالة فقط.

١٠. الجامع للشرائع، ص ٢٧٨.


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الديون وتوابِعِه



المقصد الأوّلُ في أحكام الدَين

المقصد الثاني في الرهن

المقصد الثالثُ في الحَجْرِ

المقصد الرابعُ في الضمان

المقصد الخامسُ في الصُلح

المقصد السادسُ في الإقرار

المقصد السابعُ في الوكالة


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الديون وتوابِعِه

وفيه مقاصدُ:

[المقصدُ] الأوّلُ [في أحكام الدَين]

تُكْرَهُ الاستدانةُ إلّا مع الحاجةِ، ويُستحَبُّ الإقراضُ، فإنّه أفضلُ منَ الصدَقَةِ بمثلِهِ في الثوابِ. والإيجاب: «أقرضتُكَ»، أو ما أدّاهُ مثل «انتَفِعْ به» أو «تصرَّفْ فيه» والقبول: «قبلتُ» وشبهُه.

ولَو شَرَطَ النَفْعَ حَرُمَ حتّى شَرْطُ الصحيحِ عِوَضَ المكسَّرِ، ولم يُفِدِ الملكَ، ولو تَبرَّعَ المقتَرِضُ بالزيادةِ جاز.

وكلُّ مضبوطٍ بما يَرفعُ الجَهالةَ مِنَ الأوصافِ يَصِحُّ إقراضُهُ، فإنْ كانَ مِثلِيّاً ثَبَتَ في الذِمَّةِ مِثْلُهُ، وإلّا القِيمةُ وقتَ التسليمِ.

ولا يجبُ دفعُ العينِ وإنْ كانت موجودةً، ويملكه المقترِضُ بالقبضِ.

ولا يلزمُ تأجيلُ الحالِّ إلّا أنْ يشرِطَ في لازمٍ.

وتجبُ نِيَّةُ القضاءِ مع غَيبَةِ المالكِ، والوصيَّةُ به مع أمارةِ الموتِ، وعَزْلُه. ولو مات المالكُ سَلَّمَهُ إلى وَرَثَتِهِ أو مَنْ يَتَّفِقُونَ عليه، ولو جَهِلَه تصدَّق بهِ عنه مع اليأسِ.

ويجوزُ أخذُ ثَمَنِ ما باعَهُ الذمّيُ مِنْ خمرٍ وشبهِهِ.

ولا تصحُّ قِسمةُ ما في الذِمَمِ.

● ولو باعَ الدينَ بأقلَّ منهُ وجبَ على المديونِ دَفْعُ ما عليه إلى المشتَري على رأي.

قوله ﴿: «ولو باع الدَينَ بأقلَّ منه، وجب على المديون دفع ما عليه إلى المشتَري على رأي».

أقول: هذا مذهبُ ابن إدريسَ مع القول بِصِحَّةِ البَيع؛ إذ هو لا يقول به أصلاً إلّا إذا بِيعَ الدَينُ على من هو عليه [1].

وذهب الشيخُ في النهايةِ [2] والقاضي إلى أنّه لا يُلزِمُ المَدينُ أنْ يَدفعَ أكثرَ ممّا دفعَ المشتَري [3]. تعويلاً على روايةِ محمّدِ بنِ الفُضَيلِ قال: قلت للرضا ﴿: رجلٌ اشترى دَيناً على رجلٍ، ثمَّ ذهب إلى صاحبِ الدَينِ فقال: ادفَعْ ما لِفُلانٍ عليكَ فقدِ اشترَيْتُه منه، فقال: «يَدفَعُ إليه قيمةَ ما دَفَعَ إلى صاحبِ الدَينِ، وبَرِئَ الذي عليه المالُ مِن جميعِ ما بقيَ عليه» [4]. وفي معناها رِوايَةُ أبي حمزةَ عن الباقرِ ﴿ [5].

وحَمَلَها شيخُنا المصنِّفُ في المختلفِ على الضَمانِ مَجازاً؛ إذ هو نوعٌ من المُعاوَضَةِ يُشبِهُ البَيعَ أو على البَيعِ الفاسدِ وبَرِئَ من جميعِ ما بَقيَ عليه من المُشتَري لا من البائعِ. وكذا حَمَلَ كلامَ الشيخِ على ذلك [6].

وفيهما نظرٌ؛ لأنّ لفظَ «الشِراءِ» لا يُستعمَلُ في الضَمانِ حقيقةً ولا مجازاً، ولأنّ إضمارَ الإذنِ ـ ولم يَجرِ له ذِكرٌ ـ بعيدٌ.

وأمّا فَسادُ البيعِ فيَدفَعُهُ قوله في الرِوايةِ: «وبَرِئَ الذي عليه المالُ من جميع مابَقيَ عليه»؛ فإنّ ظاهِرَهُ مطلقُ البَراءةِ. والحَملُ على البَراءةِ مِن المشتَري خاصَّةً تخصيصٌ يُخالِفُ الأصلَ. ثمّ كيف يُلزِمُ المشتَري الدفعَ بحكمِ العقدِ الفاسدِ مع فَسادِ ما تضمَّنَهُ؟ وأيضاً لَيسَ للمُشتَري عليه شيءٌ، فكيف يصحُّ إسنادُ البَراءةِ إلى المشتَري؟

---

١. السرائر، ج ٢، ص ٥٦.

٢. النهاية، ص ٣١١.

٣. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٨٩، المسألة ٦؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣.

٤. الكافي، ج ٥، ص ١٠٠، باب بيع الدين بالدين، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٩١، ح ٤١٠.

٥. الكافي، ج ٥، ص ١٠٠، باب بيع الدين بالدين، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٨٩، ح ٤٠١.

٦. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٩١، المسألة ٦.

ولا يجوزُ بَيعُ الدَينِ بدَينٍ آخَرَ وإنِ اختَلفا، ويَجوزُ بيعُهُ بعدَ حلولِهِ على المديونِ وغيرِه، وبيعُهُ بمضمونٍ حالٍّ لا مؤجَّلٍ.

ومَنْ عليه حقٌّ ولَهُ مِثلُه تساقَطا، وإنْ كانَ مُخالِفاً افتقر إلى التراضِي.

ولو دَفعَ المديونُ عُروضاً للقضاءِ مِنْ غيرِ مُساعَرَةٍ احتُسِبَ بقِيمتِها يومَ القبضِ.

وتحلُّ الديونُ المؤجَّلَةُ بموتِ المديونِ لا المالكِ.

والديةُ في حكمِ مالِ المقتولِ، تُقضى منها ديونُه و وصاياهُ عمداً كانَ أو خطأً.

● وإذا أذِنَ لِعبدِهِ في الاسْتِدانَةِ لَزِمَ المولى أداؤُه وإنْ أعتقَهُ على رأيٍ، ويستوي غرماؤُه وغرماءُ المولى في تقسيطِ التَرِكَةِ. ولو أذِنَ له في التِجارَةِ دونَ الاسْتِدانَةِ فاستدانَ وتَلِفَ المالُ لَزِمَ ذِمَّةَ العبدِ؛ ولو لم يأذَنْ لَهُ فيهما فكذلك. ولا يتعدّى العبدُ المأذونَ.

قوله ﷺ: «وإذا أذِنَ لعبدِهِ في الاستِدانَةِ، لَزِمَ المولى أداؤُهُ وإنْ أعتَقَهُ على رأيٍ».

أقول: هذا قولُ الشيخِ في الاستبصار[١] وابن حمزة[٢] وابن إدريس[٣]؛ لِما رَواهُ أبو بصيرٍ في الصَحيحِ عن الباقرِ ﷺ قال، قلت له: الرجل يَأذَنُ لِمملُوكِهِ في التِجارةِ فَيَصيرُ عليهِ دَينٌ قال: «إن كان أذِنَ له أنْ يَستَدينَ؛ فالدَينُ على مولاهُ، وإنْ لم يكن أذِنَ له أنْ يستدينَ؛ فلا شيءَ على المولى ويُستَسعى العَبدُ في الدَين»[٤]. فأطلقَ وُجوبَهُ على مولاهُ ولم يُفصِّل.

قال في المختلف: «ويُمكنُ حَملُهُ على ما إذا استَدانَ لِلتِجارةِ»[٥].

قلت: الظاهر أنّه عَنى بِهِ صُورَةَ استِسعاءِ العبدِ؛ مع أنّ المُطلَقَ يُحملُ على المقيَّد. فيُمكنُ أنْ يُحمَلَ الوجوبُ على المولى على ما إذا لم يُعتَق جمعاً.

---

١. الاستبصار، ج ٣، ص ١٢، ذيل الحديث ٣٠؛ وج ٤، ص ٢٠، ذيل الحديث ٦٤.

٢. الوسيلة، ص ٢٧٤.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٥٨.

٤. الكافي، ج ٥، ص ٣٠٣، باب المملوك يتّجر فيقع عليه الدين، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٠٠، ح ٤٤٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١ ـ ١٢، ح ٣١.

٥. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٠٤، المسألة ٢١.

والإطلاقُ ينصرف إلى الابتياع بالنقدِ، ولو أذِنَ في النَسِيئةِ فالثمنُ على المولى.
ولو أخَذَ ما اقْترضَهُ مملوكُه تخيَّرَ المالكُ في الرجوعِ على المولى والإتْباعِ.

وقال الشيخُ في النهاية [١] وابنُ البرّاج: إذا أعتَقَهُ يكونُ المالُ في ذِمَّةِ العبدِ، ولا يَلزَمُ المولى شيءٌ [٢]. وقرَّبَهُ في المختلفِ [٣] مع أنّهُ لم يَستبعد الأوّلَ [٤]؛ لما رَواه عَجلانُ عن الصادقِ ﷺ، في رجلٍ أعتَقَ عبداً لَهُ، وعليه دَينٌ قال: «دَينُه عليه لم يَزِدهُ العِتْقُ إلّا خيراً» [٥]. وفي معناه رِوايةُ ظَرِيفِ الأكفاني [٦]، أنّ أبا عبدِالله ﷺ قال: «إنْ بِعتَهُ لَزِمَك وإنْ أعتَقْتَ لم يَلْزَمْك» [٧].

وحَمَلَ الشيخُ في الاستبصار الرِوايتَين على المَأذونِ في التجارةِ، دونَ الاستدانة [٨].
ولا ريبَ أنّ الثانيةَ مُصدَّرُها أنّه: أذِنَ له في الشراء والبيع. وأمّا الأُولى فيمكن حَملُها عليها؛ جمعاً بين الروايات الثلاث، ويكون لزومُ المولى ببيعه؛ من حيث إنّه منَعَه التكسُّبَ.

وابن إدريسَ أجرى إذنَه في الاستدانةِ مَجرى التوكيلِ [٩]. ورُدَّ بأنّ الدَينَ للعبد لا للمولى، ولو كانَ للمولى ارتفع الخلاف، وكذا لو كان في واجبٍ كنفقةِ العبد [١٠].



---

١. النهاية، ص ٣١١.
٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٠٣، المسألة ٢١.
٣. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٠٣، المسألة ٢١.
٤. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٠٤، المسألة ٢١.
٥. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٤٨، ح ٨٩٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٠، ح ٦٤.
٦. هو ظريف بن ناصح. كما في معجم رجال الحديث، ج ٩، ص ١٧٣، الرقم ٦٠٢٩؛ وفي رجال النجاشي، ص ٢٠٩، الرقم ٥٥٣: ظريف بن ناصح أصله كوفي، نشأ ببغداد، وكان ثقة في حديثه، صدوقاً. له كتب منها: كتاب الديات... وكتاب الحدود... وكتاب النوادر... وكتاب الجامع في سائر أبواب الحلال والحرام.
٧. الكافي، ج ٥، ص ٣٠٣، باب المملوك يتجّر فيقع عليه الدين، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٩٩، ح ٤٤٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١١، ح ٢٩. في الكافي: «أعتقته لم يلزمك الدين» بدل «أعتقت لم يلزمك».
٨. الاستبصار، ج ٣، ص ١١ ـ ١٢، ذيل الحديث ٣٠؛ وج ٤، ص ٢٠ ـ ٢١، ذيل الحديث ٦٤.
٩. السرائر، ج ٢، ص ٥٨.
١٠. الرادّ هو العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٠٤، المسألة ٢١.

المقصدُ الثاني في الرهن

وفيه مطلبانِ:

[المطلبُ] الأوّلُ:

عقدُ الرهنِ الإيجابُ: كـ«رَهَنْتُ» أو «هو وثيقةٌ عندَك» وشبهُهُ. والقبول: كـ«قَبِلتُ» وتكفي الإشارةُ الدالّةُ على الرضى مع العجزِ عن النُّطقِ، ● ولا يفتقِرُ إلى القبضِ على رأيٍ، وهو لازمٌ مِنْ طرفِ الراهِنِ خاصَّةً.

قوله ﷺ ـ المقصد الثاني في الرهن ـ: «ولا يفتقِرُ إلى القبضِ على رأيٍ».

أقول: هذا قولُ الشيخِ في الخلافِ وموضعٍ من المبسوطِ [1] واختيارُ ابن إدريسَ؛ لأصالةِ عدمِ الاشتراطِ [2]؛ ولقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [3].

وجوابُه أنّ الأصلَ يُخالِفُ الدليلَ، والوفاءُ بالعقد واجبٌ إذا حصَلَ شرطُهُ، وإلّا لَزِم الوفاءُ بالفاسدِ.

وذهب الشيخُ في النهايةِ [4] وموضعٍ من المبسوطِ إلى أنّ القبضَ شرطٌ في صحّته [5]. وهو مذهبُ المفيد [6] وابنِ الجُنَيدِ [7] وأبي الصلاحِ [8] والقاضي [9]

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ٢٢٣، المسألة ٥؛ المبسوط، ج ٢، ص ١٩٦.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٤١٧.

٣. المائدة (٥): ١.

٤. النهاية، ص ٤٣١.

٥. المبسوط، ج ٢، ص ٧٩.

٦. المقنعة، ص ٦٢٢.

٧. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤١٧، المسألة ٣٧؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٥.

٨. الكافي في الفقه، ص ٣٣٤.

٩. المهذّب، ج ٢، ص ٤٦ ـ ٤٧. ولمزيد التوضيح راجع تعاليقها.

ويُشترطُ كونُه عَيْناً مملوكةً يُمْكِنُ قبضُهُ ويصحُّ بيعُهُ، فلا ينعقِدُ رهنُ الدَينِ، ولا المنفعةِ، ولا ما لايَصحُّ تملُّكُه وإنْ وَضَعَ المسلمُ الخمرَ على يدِ ذمّي، ولا الطيرِ في الهواءِ، ولا الوقفِ.

و رهنُ المدبّرِ إبطالٌ لتدبيرهِ.

ويُمضي رهنُ مِلْكِه لو ضَمَّهُ إلى ملكِ غيرِه، ويقفُ الآخَرِ على الإجازةِ.

ويصحُّ رهنُ المسلمِ والمُصْحَفِ عندَ الذِمّي إذا وُضِعا على يدِ مُسلمٍ، والمرتدُّ وإنْ كانَ عن فطرةٍ، والجاني عَمداً وخَطَأً.

وسلّارٍ[١] وأبي منصورٍ الطَبرِسي[٢] وابن حمزةَ[٣] ونجمِ الدينِ[٤]؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[٥]، ولما رواه محمّدُ بنُ قيسٍ عن الباقر عليه السلام قال: «لا رهنَ إلّا مقبوضاً»[٦].

ورُدَّ بأنّ الآيةَ دليلُ خطابٍ، أو سيقت لبيان الإرشاد إلى حفظ «المالِ»، ولا يَتِمُّ إلّا بالقبض، والحديثُ ضعيف السندِ مع اشتماله على إضمارٍ، فلا يبقى حجّة[٧].

والجواب: أنّ الآية دلّت على شرعيّةِ الرهنِ مع القبضِ، فإذا لم يُقبض كان منفيّاً بالأصل لا بدليل الخطاب، وحفظ المال واجبٌ فتجب مقدّمته، والحديث متلقّى بالقبول، فلا يضرّ ضعفُ سنده، وإضمارُ الصِحّةِ أولى، ولا تكرار في قوله تعالى: ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾؛ لأنّ اللُغوِيَ صادقٌ، ويصير شرعيّاً بالقبض.

---

١. المراسم، ص ١٩٢.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤١٧، المسألة ٣٧؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٥. ولعلّ حكايتهما عن كتابه المسمّى بـ«الكافي» وهذا الكتاب قد فقد ولم يصل إلينا.

٣. الوسيلة، ص ٢٦٥.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٦٦؛ المختصر النافع، ص ٢٢٧.

٥. البقرة (٢): ٢٨٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٦، ح ٧٧٩؛ تفسير العيّاشي، ج ١، ص ٢٨٣، ح ٥٢٩/٦٣٠.

٧. الرادّ هو العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤١٨، المسألة ٣٧؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٥.

وإنّما يصحُّ على دَينٍ ثابتٍ في الذمَّةِ، لا على ما لم يَثبُتْ وإنْ وُجِد سببُه، كالديَةِ قبلَ استقرارِ الجنايَةِ.

ويصحّ على مالِ الكِتابَةِ، فإنْ فُسِخَ المشروطةُ للعجزِ بَطَلَ.

ولا يَنْعقدُ على ما لا يُمكنُ استيفاؤُه منه، كالإجارةِ المتعلِّقةِ بعينِ الموجِرِ كخدمتِهِ.

ويصحُّ في العملِ المطلقِ، وأنْ يُجعلَ الرهنُ على دَينٍ رَهناً على آخَرَ.

ويُشترَطُ في المتعاقِدَيْنِ جوازُ التصرُّفِ.

ولوليِّ الطفلِ الرهنُ وقبولُه مع المصلحةِ، دونَ إسلافِ مالِهِ أو إقراضِهِ، إلّا مع الغِبْطةِ أوِ الحاجةِ فيأخُذُ الرهنَ، ولو تعذَّرَ أقرض مِنَ الثِقَةِ.

ويجوزُ للمرتَهِنِ اشتراطُ الوِكالةِ له ولِغيرِه ويلزَمُ، و وَضْعُ الرهنِ على يدِ أجنبي، فلو مات بَطَلَتِ الوكالة دونَ الرهنِ، ولو مات المرتَهِنُ لم تنتقلِ الوكالةُ إلى وارثِهِ، إلّا مع الشرط.

ويُسلِّمُهُ العدلُ إليهما أو إلى مَنْ يَتَّفقانِ عليه، ولو غابا سَلَّمَهُ إلى الحاكمِ مَعَ الحاجةِ لا بدونِها، ولو دفعَهُ مع الحاجَةِ إلى غَيْرِ الحاكِمِ مِنْ دونِ إذنِهما أو إذْنِ الحاكِمِ مع القدرةِ عليه ضَمِنَ، ولو وَضَعاهُ على يدِ عَدْلَين لم ينفرِدْ به أحدُهما.

المطلبُ الثاني في الأحكام

يُقدَّم استيفاءُ دَينِ الرَهنِ منه، وإنْ كانَ المديونُ ميّتاً وقَصُرتْ أموالُه، فإنْ فَضَلَ شيءٌ صُرِفَ في الدُيُونِ ـ ودَينُ المرتهنِ على غيرِ الرَهنِ كغيرِهِ ـ ولو أعْوزَ ضَرَبَ مع الغُرَماءِ بالباقي.

والمرتهنُ أمينٌ لا يضمَنُ إلّا بالتعدّي، ولا يسقُطُ بتلفِهِ شيءٌ مِنَ الحقِّ؛ ولو تصرّف ضَمِنَ العينَ إنْ تَلِفتْ بالمثلِ في المثلي، والقيمةِ يومَ التلفِ في غيرِهِ والأُجرةَ. وله المقاصَّةُ لو أنفق، وللمرتهِنِ الاستيفاءُ لو خافَ الجُحودَ مِن غيرِ إذنٍ من الراهنِ ووارثِه.

ولو ظهَر للمشتَري مِنَ المرتهِنِ أو وكيلِه عَيْبٌ رَجَع على الراهنِ، ولوكانَ الرهنُ مستحِقّاً رَجَع المالكُ على المرتهِنِ القابِضِ.

والراهنُ والمرتهِنُ ممنوعانِ مِنَ التصرُّفِ في الرَهنِ، ولو أَذِنَ أحدُهما للآخَرِ صحَّ، وإلّا وقف على الإجازةِ، إلّا أنْ يُعْتِقَ المرتهِنُ.

● ولو باع الراهنُ فَطَلَبَ المرتهِنُ الشفعةَ ففي كونِه إجازةً للبيعِ نَظَرٌ.

قوله ﷺ: «ولو باع الراهنُ فَطَلَبَ المُرتَهِنُ الشُفعةَ، ففي كونه إجازةً للبَيعِ نظرٌ».

أقول: يَنشأ من ترتّبِ الشفعةِ على البيعِ ـ إذ هي استحقاقُ الشريك حصّةَ صاحِبِه ـ لانتقالها بالبيع، فَطَلَبُها قبلَ البيع غيرُ مشروعٍ، وأفعالُ المسلم لا تُنزَّلُ إلّا على المشروع، فحينئذٍ قد طُلِبَ معلولُ البيع، فتثبتُ العلّةُ؛ ضرورةَ امتناعِهِ من دونها.

ومِنْ أنّ طَلَبَ الشُفعةِ أعمُّ من الإجازةِ للبَيعِ ومن عدمِها؛ لجوازِ صدوره حالَ الغَفْلة عن الرضى بالبيع، بل وعَنِ الرهنِ، والعامُّ لا يَستلزم الخاصَّ.

واعلم أنّ الشُفعةَ لاشكَّ في تبعيّتها لِمِلْكِ المشتَري، سواء كان لازماً او جائزاً ـ وإنْ وقع الخلاف في الجائز ـ فيمتنع القولُ بأنّ المُرتهِن غيرُ مجيزٍ على تقديرِ القول بترتّب الشُفعةِ على العقدِ المُطلق؛ إذ المراد به العقد المملِّك، وقَبلَها لا يَملِكُ، فتمتنع الشفعة. لكنّه طَلَبَها، فَيَمتنع على تقديرِها انتفاءُ المِلك. إلّا بأنْ يقال: إنّ الفسخَ والشُفعَة متساويانِ في طريق إزالة تملُّك المشتَري، فكما أنّ الفسخ لا يكون إجازةً فكذا الأخذ [۱]. وهو ضعيفٌ؛ لأنّ الشُفعةَ إزالةُ ملكٍ بعد ثبوته، والفسخَ رفعه بالكلّيّة، فكيف يتساويان؟! فظهر أنّ الوجه الأوّلَ قويٌّ.

قال المصنّف في غيرِ هذا الكتاب: إذا قيل بأنّه إجازةٌ بطلت الشُفعةُ؛ لرضاه بالبيعِ، وإنّه مُبطِلٌ للشُفعة [۲].

ويُشكِلُ بما تقدّم من النزول عن الشُفعَة، والشهادة على البَيعِ وأنْ يبارك فيه.

---

۱. لاحظ إيضاح الفوائد، ج ۲، ص ۲۲.

۲. قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۱۱٤: ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة إشكال، فإنْ قلنا به فلا شفعة؛ راجع جامع المقاصد، ج ٥، ص ۸۳ ـ ۸٤.

● ولو أحبَلَها الراهِنُ فهي أُمُّ وَلدٍ، ولا يَبْطُلُ الرهنُ، وفي جوازِ بَيعِها قولان.

ولو أذِنَ المرتهِنُ في البيع فباع بَطَلَ الرهنُ ولم تَجِبْ رَهـنِيَّةُ الثـمنِ؛ ولوأذِنَ الراهنُ في البيعِ قَبْلَ الأجلِ لم يَجُزْ للمرتهِنِ التصرّفُ في الثمنِ إلّا بعدَه. وإذا حلَّ الأجلُ باع المرتهِنُ إنْ كانَ وكيلاً، وإلّا الحاكمُ.

قوله ﷺ: «ولو أحبلَها الراهنُ فهي أُمُّ ولدٍ، ولا يبطل الرهنُ، وفي جواز بَيعها قولانِ».

أقول: أحد القولَينِ جوازُ بَيعِها مع إعسارِ الراهنِ، وإقامة رهنٍ بدلَها مـع يسـارِه. وهـو مذهبُ الشيخ في الخـلافِ[1]، والمصنِّفِ في بعضِ كُتُبِه؛ لأنّها مملوكةٌ وكلُّ مملوكةٍ يـصحُّ بَيعُها[2]. والطعنُ في كلّيّة الكبرى، فلا يُنتج. ويمكن أن يُحتجَّ له بأنّ حـقّ المـرتهِنِ أسـبقُ من حقِّها، فيُقدَّم أسبقُ الحقَّين؛ لأصالة بقاء ماكان؛ ولأنّ تـعلُّقَ الدَّيـنِ بـها يُشبه تـعلُّق الثمن برقبتها[3].

والقول الآخر: عدم جوازه. وهو ظاهر كلامه في المبسوطِ[4]، وابنإدريس[5]، واخـتاره الشيخُ نجمُ الدينِ[6]؛ لعموم النهي عن بَيع أُمّهات الأولاد[7]؛ وقوّةُ الاسـتيلاد تُـضاهي قـوّةَ العـتق، بـل ربـما رُجِّـح بـاعتبار نـفوذِهِ فيما لا يَـنفُذُ فـيه العـتقُ، كـاستيلاد المـجنونِ والمريضِ. ولا تَنافي بين المنع مِنْ بَيعها وبقاء الرهن، تربّصاً لموت الولد، ومنعاً للمالك من التصرّف فيها.

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠، المسألة ١٩.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٣، ص ٢١٩ ـ ٢٢٠، المسألة ١٥٦.

٣. من المحتجّين العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٤٨، المسألة ٩٤؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢١.

٤. المبسوط، ج ٦، ص ٩٢، في كتاب المكاتب. قال: وأمّا إذا أحبل الراهن أمته المرهونة، فـإنّه يكـون الولد حـرّاً وتكون أُمّ ولده، ويمنع الإحبال من بيعها؛ لعموم الأخبار عندنا.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٤١٨؛ ولا يحلّ للراهن ولاالمرتهن وطء الجارية المرهونة فإنْ وطأها الراهن .... فإنْ حملت وأتت بولد ....، وجاز بيعها في الدين. وهذه العبارة كما ترى صريحة في جواز البيع؛ ونسب إليه جواز البيع أيضاً المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٥، ص ٨٠ فراجع.

٦. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٧٣.

٧. راجع الكافي، ج ٦، ص ١٩١ ـ ١٩٣، باب أُمّهات الأولاد.

ويبطُلُ الرهنُ بالإقباضِ، والإبراءِ، وإسقاطِ حَقِّ الرِهانَةِ، ولو شَرطَ إنْ لم يؤدِّ في المدَّةِ كانَ مَبيعاً بعدَها بطَل، وضَمِنَ بعدَ المدَّةِ لا فيها.

ولو رَهَنَ المغصوبَ عندَ الغاصبِ صَحَّ ولم يَزُلِ الضمانُ.

وفوائدُ الرهنِ للراهِنِ، ● فلا يدخلُ الحملُ في الرهنِ وإنْ تجدَّد على رأي.

قوله ﷺ: «فلا يَدخلُ الحملُ في الرَهنِ وإنْ تَجدَّدَ على رأي».

أقول: هذا قولُ الشيخِ في الخلاف [1] والمبسوط؛ لأصالَةِ عَدمِ الدخولِ [2]. وأشار بالحمل إلى النماء المُنفصِلِ كلِّهِ. أمّا المُتَّصلُ الممازَج فلا بحثَ فيه.

وذهب في النهاية إلى دخولِهِ [3]. وهو مَذْهبُ المفيدِ [4] وابنِ الجُنَيدِ [5] وأبي الصلاحِ [6] والقاضي [7] وابن حمزةَ [8] وابن إدريسَ [9] ونجمِ الدينِ [10]. وادّعى ابنُ إدريسَ الإجماعَ عليه مِنْ أهلِ البيت ﷺ [11]، ولعلّه أقرب. وحُكمُ الأصلِ يُخالف الدليلَ، وأيُّ دليلٍ أقوى من الإجماع، ونَقْلُه بخبرِ الواحد مقبولٌ.

واحتجّ المصنِّفُ في المختلَفِ بروايةِ إسحاقَ بنِ عمّارٍ ـ الصحيحةِ ـ عن أبي إبراهيمَ ﷺ: إنّ غَلّةَ الدارِ المرهونةِ لصاحِبِها [12]. وجوابُه غيرُ محلِّ النزاع.

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ٢٥١ ـ ٢٥٢، المسألة ٥٨.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٢٢٧.

٣. النهاية، ص ٤٣٤.

٤. المقنعة، ص ٦٢٣.

٥. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٢٤، المسألة ٤٥.

٦. الكافي في الفقه، ص ٣٣٤.

٧. المهذّب، ج ٢، ص ٨١.

٨. الوسيلة، ص ٢٦٥.

٩. السرائر، ج ٢، ص ٤٢٤.

١٠. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٧٤؛ المختصر النافع، ص ٢٢٧.

١١. السرائر، ج ٢، ص ٤٢٤.

١٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٢٥، المسألة ٤٥؛ والرواية في الكافي، ج ٥، ص ٢٣٥، باب الرهن، ح ١٢؛ الفقيه، ج ٣، ص ٣١٢، ح ٤١٢٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٣، ح ٧٦٧.

وإذا قضى دينَ الرهنِ لم يَجُزْ إمساكُه على الآخَرِ.

ولو رَهَنَ غيرَ المملوكِ بإذنِ مالكِهِ صَحَّ وضَمِن قيمتَهُ.

ولو بِيعَ بأزيدَ طالَبَهُ المالكُ بِالزيادَةِ.

ولو غَرَسَ الراهنُ أُجْبِرَ على الإزالَةِ.

ولو رَهَنَ مايمتزِجُ بغيره كاللُقَطَةِ من الخيار صَحَّ وكانَ شريكاً إنْ لم يَتَميَّزْ.

وحقُّ الجِنايَةِ مُقدَّمٌ، فإنِ افتَكَّ المولى في الخَطَإِ بقِيَ رَهْناً، وإنْ سلَّمَهُ كان فاضلُ الأرشِ رَهْناً، ولَوِ اشتوعَب بَطَلَ الرهنُ. ولو جَنى على مولاهُ عَمْداً اقْتُصَّ منه وبقِيَ رهناً، ولو كانتْ خطأً لم يَخرُجْ عَنِ الرهنِ، ولوكانتْ نَفْساً قُتِلَ في العمدِ، ولو جَنى على مَنْ يَرِثُه المولى اقْتُصَّ في العمدِ وَافْتُكَّ في الخَطَإِ.

وقِيمةُ الرهنِ المأخوذةُ مِنَ المُتْلِفِ والأرشُ رهنان.

ولو صار العصيرُ خمراً خرج عن الرهن، ولو عادَ خَلّاً عاد.

ولو زَرَعَ المرتهِنُ الحَبَّ فالزَرعُ للراهِنِ رَهْنٌ.

والرِهانَةُ مَورُوثةٌ دونَ الوِكالةِ والاستِيمانِ.

والقولُ قولُ المرتهِنِ في عَدمِ التفريطِ، وفي القِيمَةِ مَعهُ، وفي ادّعاءِ تقدُّمِ رُجوعِه في إذنِ البيعِ للراهنِ عليه.

وقولُ الراهنِ في قَدْرِ الدَيْنِ، وفي ادّعاء الإيداعِ لَوِ ادّعى الآخرُ الرهنَ، وفي تعيينِ القَضاءِ لأحدِ الدَيْنَيْنِ، وفي عدمِ الردِّ.

ولو قال: رهنتُكَ العبدَ، فقال: بل الأَمةَ تحالفا وخَرجا عَنِ الرهنِ.

المقصدُ الثالثُ في الحَجْرِ

وفيه مطلبانِ:

[المطلبُ] الأوّلُ في أسبابه

وأسبابُه ستّةٌ:

الأوّل: الصغَرُ، ويحجر على الصغيرِ في تصرُّفاتِه أجمع إلى أن يبلغَ ويرشُدَ.

ويُعلَمُ بلوغُ الذَكَرِ بالمنيِّ، وإنباتِ الشَعرِ الخَشِنِ على العانَةِ، وبلوغِ خَمْسَ عَشرةَ سَنَةً.

والأُنثى بالأوَّلين، وبُلوغِ تِسْعٍ، والحملُ والحيضُ دليلان.

والخُنثى المُشكِلُ بخَمْسَ عَشرةَ، أو المنيِّ مِنَ الفرجَيْنِ، أو مِنْ فَرجِ الذَكَرِ مع الحيضِ مِنْ فرجِ الأُنثى.

ويُعلَمُ الرُشدُ بإصلاحِ مالِهِ بحيث يَتحفَّظُ مِنَ الانْخداعِ والتغابُنِ في المعاملاتِ.

وتُقبَلُ فيه شهادَةُ عدلَينِ، وشهادةُ أربَعِ نساءٍ في الأُنثى.

● وصرفُ المالِ في صنوفِ الخَيْرِ ليسَ بتبذيرٍ مع بلوغِهِ في الخيرِ، وصرفُهُ في الأغذيةِ النفيسَةِ غَيرِ الملائمةِ لحاله تبذيرٌ.

قوله ﷺ ـ المقصد الثالث في الحجر ـ: «وصَرْفُ المالِ في صُنُوفِ الخَيرِ لَيس بِتَبذيرٍ مع بُلوغِهِ في الخَير».

أقول: يُريدُ ببلوغهِ في الخير أن يكونَ نهايةُ الصَرفِ هو الخَير، فلو صَرَفَ بعضَ المالِ في وجوه الخَير وتَركَ مالا يكفيه ولا يقنع به، بل يتسلَّط على مال الغير بالأخذ، فهذا كاشفٌ عن كون ذلك الصرفِ الأوّلِ ليس بالغاً في الخير، أي ليس منتهياً في الخير؛ فيكون الضمير في

ولو طَعَن في السِنّ غير رشيدٍ لم يَزُلِ الحَجْرُ.

«بلوغه» راجعاً إلى «الصَرفِ»، أو إلى «المال». وإلى هذا الوجه أومأ المصنّفُ في كتابِهِ التحريرِ حيث قال: وصَرفُ أكثرِ المالِ إلى صنوفِ الخَيرِ مع قَناعَتِهِ بالباقي ليس بتبذيرٍ ولا سَرَفٍ [١].

ويُحتمل أنْ يعودَ الضميرُ إلى الفاعلِ أعني الصارفَ للمالِ، أي مع بلوغِ ذلك الذي يَصْرِفُ المالَ في الخَير المبلَغَ الذي يَصِيرُ أهلاً لأنْ يَصرِفَ مالَه جميعَهُ في الخَير. فيكون التقديرُ: مع مُبالَغتِهِ في الخَير؛ فلو كان فاسقاً مضيِّعاً للواجبات وصَرَف مالَه في الخيرِ كان تبذيراً؛ إذ ليس مِنْ شأنه ذلك، حيث لم يَعرِفْ مواقعَ الخَير، ولم يَقصدْ مقاصدَ الثواب؛ بل صَرَفه رئاءً وسُمعَةً فهو تبذيرٌ. وعلى هذا التفسيرِ يجوز عودُ الضميرِ إلى «المالِ» أيضاً؛ إذ لا يبلُغُ المالُ والحالُ هذه في الخير أي لا ينتهي فيه. والتفسيرُ الثاني أجودُها وأشبه بمقاصد المصنِّفِ. وبه فسرّه فخر الدين محمّد [٢]. ولعلّه مأخوذٌ من قول عليّ: «اصطِناعُ العاقِلِ أحْسَنُ فضيلةٍ، واصطناعُ اللّئيمِ أخَسُّ رذيلةٍ» [٣]. ومنه قولهم: «لا سَرَفَ في الخَير، ولا خيرَ في السَرَفِ» [٤].

ويجوز أن ينبِّهَ به على قول بعض العامّة [٥]: إنّ الصرفَ في وجوه الخير مع بلوغه تبذيرٌ، ولو كان صَرْفُه بعدَ الحكم بزوالِ الحَجر عنه فلا تَبذيرَ. وقد حكاه المصنِّف في التذكرة [٦].

---

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥٣٦، الرقم ٣٨٦٢.

٢. لعلّ تفسيره كان في شرحه على الإرشاد وليس عندنا هذا الشرح.

٣. شرح غرَرُ الحِكم ودرَرُ الكَلِم، ج ١، ص ٣٢٣، ح ١٢٣٢ ـ ١٢٣٣، فيه: «أقبح» بدل «أخسّ».

٤. لم نعثر عليه في كتب الحديث إلّا في بحارالأنوار، ج ٧٤، ص ١٦٥ حِكاية عن عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢٩١، ح ١٥٤؛ واستشهد به أيضاً في مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٦٨؛ وفي مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣ بعد نقله عن مسالك الأفهام قال: وهو ليس بحديث، وإنّما حكي أنّ رجلاً تصدّق كثيراً فقال له رجل: لاخير في السرف. فأجابه: لاسرف في الخير.

٥. هو بعض أصحاب الشافعي، راجع مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٦٨.

٦. تذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٢٠٨، المسألة ٤١١.

الثاني: الجنونُ، ويُمنَعُ من التصرّفاتِ أجمع إلّا أنْ يَكمُلَ عقلُه، ولوكانَ يعتَوِرُهُ أدواراً صحَّ تصرّفُهُ وقتَ إفاقَتِه، ولَوِادّعى وقوعَ البيعِ مثلاً حال جُنونِه فالقولُ قولُه مع اليمينِ.

الثالثُ: السَفَهُ، ويُمنَعُ السفيهُ ـ وهو المُبذِّرُ لأموالِه في غَيرِ الأغراضِ الصحيحةِ ـ عن التصرُّفِ في ماله، فلو باع أو وَهَب أو أقَرَّ بمالٍ أو أقرض لم يصحَّ مع حَجرِ الحاكِمِ عليه.

ويصحُّ تصرّفُه في غَيرِ المالِ، كالطَّلاقِ والظِهارِ والخُلعِ والإقرارِ بالحدِّ والقِصاصِ والنَسَبِ. ولا يُسلَّم إليه عِوَضُ الخُلعِ.

ويجوزُ أنْ يَتوكَّلَ لغيرِه في بيعٍ وهِبَةٍ وغيرِهما ولو أجاز الوليُّ بيعَهُ صحَّ.

الرابعُ: الملكُ، فالعبدُ والأمةُ محجورٌ عليهما لا يَملِكانِ شَيئاً ولومَلَّكَهما مولاهُما، ولو تصرَّفا لم يُمضَ إلّا بإذنِ المولى.

الخامسُ: المَرَضُ، ويُمنعُ المريضُ مِنَ الوصيّةِ بأكثرَ مِنَ الثُلثِ ما لم يُجزِ الورثةُ، ● وفي التبرُّعاتِ المُنجَّزَةِ قولانِ.

قوله ﷺ: «وفي التبرُّعاتِ المنجَّزةِ قولان».

أقول: أي في كون تبرُّعات المريضِ المنجَزةِ ـ أي غيرِ معلَّقةٍ بالوفاة كالهبةِ المنجَّزةِ، والعتقِ المنجَّزِ، والبَيعِ محاباةً وشبهها ـ من الثُلثِ أو من الأصلِ؟ قولان:

أحدهما: قولُ المفيد ﷺ: أنّها من الأصل [1]. وتَبِعَه الشيخُ في النهايةِ [2] والقاضي [3] وأبوعبدالله محمّد بن إدريس ﷺ؛ لأنّه مالكٌ تَصَرَّفَ في مِلْكِهِ؛ فكان ماضياً، كما لو تصرّف صحيحاً [4].

---

١. المقنعة، ص ٦٧١.

٢. انظر النهاية، ص ٦١٨ و ٦٢٠.

٣. المهذّب، ج ١، ص ٤٢٠.

٤. السرائر، ج ٣، ص ١٤ ـ ١٥ و ١٧٦، ٢٠٠، ٢١٧.

السادسُ: الفَلَسُ، ويحجر عليه بشروطٍ أربعةٍ، ثبوتُ الديونِ عندَ الحــاكــمِ، وحلولُها، وقصورُ أموالِه عنها، وسؤالُ أربابِها الحجرَ.

فلو سأل هو، أو تبرّع به الحاكمُ، أو كانت أموالُه مساويةً، أو كـانتْ مـؤجَّلَةً فلا حَجْرَ.

ويثبتُ حجرُه بحكمِ الحاكمِ به، ويَزولُ بالأداء ولا يُشترط الحكمُ.

وثـانيهما: قـولُ الصـدوق: أنّـها مـن الثُـلثِ[1]. وهـو مَـذْهبُ ابـن الجُـنَيْدِ[2] والشـيخِ في المبسوط[3]، وظاهرُ كلامه في الخلاف[4]، واختيارُ نـجمِ الديـن[5] والمـتأخِّرين[6]؛ لمـا رواه عليُّ بنُ عُـقْبَةَ عـن الصـادق ﷺ فـي رجـلٍ حَـضَرَهُ المـوتُ فأعـتَقَ مـملوكاً ليس له غيرُه، فأبى الورثةُ أنْ يُجيزوا ذلك، كيف القضاءُ فـيه؟ قـال: «مـا يُـعتقُ مـنه إلّا ثُـلثُه، وسائر ذلك [للورثة][7] والورثة أحقّ بـذلك ولهـم مـابَقِي»[8]. وفـي المسألة مـزيدُ بـحثٍ في الوصايا[9].

---

١. المقنع، ص ٤٨١ ـ ٤٨٢؛ الهداية، ص ٣٢١.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٦٩، المسألة ١٥٢؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٦٠ و ٥٩٣.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩، ٣١٥؛ وج ٤، ص ٤٤، ٤٦؛ وج ٦، ص ٦٦.

٤. الخلاف، ج ٤، ص ١٤٣، المسألة ١٢ قال: تصرّف المريض فيما زاد على الثلث...، وكان منجزاً مثل: العتاق، والهبة، والمحاباة فلأصحابنا فيه روايتان، إحداهما: أنّه يصحّ. والأُخرى: لا يصحّ.... دليلنا: على الأُولى: الأخبار المرويّة. وهو ظاهر في خروجه من الأصل؛ ولمزيد التوضيح راجع كشف الرموز، ج ٢، ص ٩٣؛ مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٦٩، المسألة ١٥٢؛ وإيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٦٠ و ٥٩٣؛ وما يأتي في ص ٣٢١.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨٦ و ١٨٢ و ٢٠٧ ـ ٢٠٨؛ المختصر النافع، ص ٢٣٢.

٦. منهم ابن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤٩٧؛ والعلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٦٩، المسألة ١٥٢؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٩٣.

٧. ما بين المعقوفين زيادة من الاستبصار.

٨. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٩٤، ح ٧٨١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢٠، ح ٤٥٥.

٩. يأتي في ص ٣٢١.

المطلبُ الثاني في الأحكامِ

والكلامُ فيه يقعُ في مقامَيْنِ:

[المقامُ] الأوّلُ في أحكامِ السَفيه

● ويثبتُ حجرُ السفيهِ بحكمِ الحاكمِ لا بمجرَّدِ سَفَهِهِ على إشكالٍ، ولا يَزولُ إلّا بحُكْمِهِ.

قوله ﷺ: «ويثبت حَجرُ السَفيهِ بحُكْمِ الحَاكِمِ لا بِمُجرَّدِ سَفَهِه على إشكـال، ولا يَـزولُ إلّا بِحُكْمِه».

أقول: يَنشأُ من أنّ المقتضي للحَجر عليه مَوجودٌ، فيتحقَّقُ الحَجرُ.

أمّا الأوّل؛ فلزوال الرُشدِ بحصول مُقابِله أعني السَفَهَ، والرُشدُ شرطٌ في رَفْـعِ الحَـجرِ؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[1]. ولقائِلٍ أنْ يـقولَ: إيـناسُ الرشدِ شرطٌ في زَوالِ الحَجرِ عن الصبيِّ ابتداءً، فلا يَلزَمُ كونُه شرطاً في السَـفيهِ بـعدَ زوالِ الحَجر عنه؛ ولأنّ علّةَ الحَجر السَفَهُ، وهو مَوجودٌ فرضاً.

وأمّا الثاني؛ فلأنّه لولاه لم يكن مقتضياً، وقد قدّرناه كذلك، هذا خُلفٌ، ومِنْ أصالة صِحّةِ تَصرُّفاتِ البالغِ العاقلِ، خرج عنه تَصرُّفاتُه بعد حَجر الحاكم فيبقى ماعداه على الأصلِ. وهو مَذهَبُ الشيخ في المبسوط[2] واختارَه المصنِّفُ في التحريرِ[3] والقواعدِ[4].

واحتجَّ بعضُ العامّة بأنّ ظهورَ السَفَهِ لا يدلُّ على السَفَهِ؛ لجواز الغَلَطِ فـي الأمـاراتِ، فلا يتحقَّقُ إلّا بحُكم الحَاكِمِ[5].

وهو مردودٌ؛ لأنّا نَبحَثُ على تقديرِ القَطْعِ بالسَفَهِ.

---

١. النساء (٤): ٦.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٢٨٦.

٣. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥٣٨، الرقم ٣٨٧٣.

٤. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٣٧.

٥. لم نعثر على قائله.

وإذا بايَعَهُ إنسانٌ بعدَ الحجرِ كانَ باطلاً ويستعيدُ العينَ، ولو تَلِفتْ وكانَ القبضُ بإذنِ المالك فلا رجوعَ وإنْ زالَ الحجرُ، وإنْ كانَ بغيرِ إذنِه رجع عليه.

● ولو أتلفَ ما أُودِعَ فالوجهُ عدمُ الضّمان.

إذا ظهر ذلك، فَقَد حكَمَ المصنِّفُ هنا وفي القواعد؛ بأنّ الحَجْرَ لا يزولُ إلّا بحُكمِ الحاكم[1]. وهو ظاهرٌ على تقديرِ توقُّفِ الثبوتِ عليه، أمّا على تقديرِ عَدَمِهِ، فيُضعَّفُ؛ لأنّ السَفَهَ إذا كان علّةً وقد انتفت انتفى معلولُها. وفي التحرير جَزَم بالتوقُّف ثبوتاً، وتوقّف في الزوالِ بحُكمه[2]. وفي المبسوط وقفَهما على حكمه[3].

قوله ﷺ: «ولو أتلف ما أُودِعَ فالوجه عدمُ الضّمان».

أقول: يريد لو أُودِعَ السفيهُ شيئاً فأتلَفه، فالوجه أنّه لا يَضْمِن؛ لتفريط المُودِعِ بإعطائه، فجرى مجرى من ألقى مالَه في البَحْر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾[4]. وذكره المصنِّفُ في التحرير احتمالاً[5]، ويَلُوحُ من القواعد[6]، مع أنّه قوّى في إيداع الصبيّ والمجنونِ فيُتلفانِه الضّمانَ[7].

ويُحتمل ضعيفاً ثبوتُ الضّمان؛ لأنّه ليس من ضَروراتِ الإيداع الإتلافُ؛ والأصلُ عصمةُ مال الغير إلّا بسببٍ، فإذا أتلفه البالغُ العاقلُ ضَمِنَهُ كالمغصوبِ. وحكى الشيخُ في المبسوطِ الوجهين[8].

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٣٧.

٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥٣٨، الرقم ٣٨٧٢.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٢٨٦.

٤. النساء (٤): ٥.

٥. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥٣٨، الرقم ٣٨٧٣.

٦. راجع قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٣٨؛ ولاحظ جامع المقاصد، ج ٥، ص ١٩٨ ـ ١٩٩.

٧. استقرب الضمان فيهما في كتاب الوديعة من تذكرة الفقهاء، ج ١٦، ص ١٥٠، المسألة ٧؛ وفي الصبيّ فقط في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٨٣، كتاب الوديعة؛ وتحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ١٩٢، الرقم ٤٤٢٦. واستقرب عدم الضّمان فيهما في كتاب الحجر من تذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٢٢٩، المسألة ٤٢٥؛ وتحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥٣٩، الرقم ٣٨٧٤.

٨. المبسوط، ج ٢، ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

ولو فُكَّ حَجرُهُ فعادَ تبذيرُه عاد الحجرُ.

والوَلايةُ في مالِه إلى الحاكمِ، وفي مالِ الطفلِ والمجنونِ إلى الأبِ أو الجدِّ له، فإنْ فُقِدا فالوصيُّ، فإنْ فُقِدَ فالحاكمُ.

ولا يُمنَع مِنَ الحَجِّ الواجبِ، وتُدفَعُ إليه كفايتُهُ، ولا مِنَ المندوبِ إنِ استوَتْ نفقتُه في الحالَينِ أو تمكَّنَ مِنَ التكسُّبِ، وإلّا حَلّلهُ الوَليُّ.

وينعقِدُ يمينُه ويُكفِّر بالصومِ.

وله العفوُ عنِ القِصاصِ بغيرِ شيءٍ واستيفاؤُه، لا عَنِ الديةِ.

● ويُختبَرُ الصبيُّ قبلَ بلوغِه، ولا يصحُّ بيعُه.

المقامُ الثاني في أحكامِ المُفلَّس

وهي أربعةٌ:

الأوّلُ: منعُ التصرُّفِ، ويُمْنَعُ مِن كلِّ تصرُّفٍ مبتدءٍ يُصادِفُ المالَ الموجودَ عندَ ضَرب الحجرِ، كالعتقِ و الرَهنِ والبَيْعِ، والكِتابةِ والهِبَة، ولا يُمنَع ممّا لا يُصادِف المالَ، كالنِكاحِ والخُلعِ واستيفاءِ القِصاصِ وعفوه وإلحاقِ النَسَبِ

قوله ﷺ: «ويُختبرُ الصبيُّ قبل بلوغه ولا يصحُّ بَيعُه».

أقول: يريد أنّ وقت الاختبار يكون قبلَ بلوغِهِ، بحيثُ إذا بَلَغَ لا يحتاجُ إلى اختبارٍ آخرَ بل يُسلَّم إليه مالُه، إنْ كان قد عُرِف رشدُه. وهذا تنبيهٌ على خلافِ بعضِ الجمهور، فإنّه يَحْكُمُ بأنّ الاختبارَ بعدَ البلوغِ [١]. والحقُّ الأوّلُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ الآيَة [٢]. وهي ظاهرةٌ في تقدُّمِهِ؛ ولأنّه لوكان الاختبارُ بعدَ البلوغِ لأدّى إلى الحَجْرِ على البالغِ الرشيدِ، وهو خلافُ الإجماعِ.

---

١. هم بعض أصحاب الشافعي كما في المهذّب، الشيرازي، ج ١، ص ٣٣١؛ وأحمد في موضع من كلامه كما في المغني، ابن قدامة، ج ٦، ص ٦٠٩؛ والشرح الكبير، ج ٤، ص ٥٦٢.

٢. النساء (٤): ٦.

ونفيهِ باللِعانِ والاحتطابِ والاتّهابِ وقبولِ الوصيّةِ.

● ولو أقرّ بمالٍ فالوجهُ اتّباعُه بعدَ الفكِّ، ولو أقرّ بعينٍ فالوجهُ عدمُ السّماعِ.

قوله ﷺ: «ولو أقرّ بمالٍ فالوجه اتّباعُه بعدَ الفكّ، ولو أقرّ بعينٍ فالوجه عدمُ السّماعِ».

أقول: إقرار المُفلّسِ لغيره في حال الفَلس، إمّا أنْ يكون بمالٍ في الذمّة مضافاً إلى ماقبلَ الحَجْر أو بعينٍ، وكلاهما غيرُ مَسمُوعَين عند المصنّف بالنسبةِ إلى المال المَوجودِ؛ لتعلُّقِ حقِّ الغُرماء بأعيانِ أمواله، كتعلُّق المرتهِن بالرهن، فكما لا يصحّ إقرارُ الراهن به بالنسبة إلى المرتهَن ـ سواء أقرّ بعَينِ الرهنِ أو برَهنِهِ عند آخرَ ـ فلا يؤخذ الرهن للمُقَرّ له، ولا يُشارِكُ المقَرّ له المُرتهِنَ في الرهن، فكذا هنا؛ ولأنّه لو أنفذنا إقرارَه بالدين ومشاركتَهُم بالعين لَزِم الإضرارُ بهم، وهو منفيّ[1]، إلّا أنّه لا يقع الإقرارُ في نفسه باطلاً؛ لعموم قوله ﷺ: «إقرارُ العقلاءِ على أنفسهم جائزٌ»[2]، بل يُتّبع في الإقرارِ بالمال بعدَ الفَكّ، وكذا في الإقرارِ بالعَين يُغرَمُ؛ لمكان الحَيْلُولَةِ. هذا مع ذَهابِها، ومع بقائها فهي للمقَرّ له.

ويُحتمل ضعيفاً نفوذُ الإقرار فيهما، ففي الدَين يشارِكُ المقَرّ له الغُرماءَ، وفي العين تسلَّمُ إلى المقَرّ له؛ لمساواة الإقرارِ البيّنةَ، ولا تُهمةَ فيه. وهو مَذهبُ الشيخِ في المبسوط[3] والمصنّفِ في التحرير مطلقاً، وتوقّف في إحلاف المُقَرّ له[4]. وابن إدريسَ في الدَين لا في العين[5]. وجزم

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٨٠، باب الشفعة، ح ٤، وص ٢٩٢ ـ ٢٩٤، باب الضرار، ح ٢، ٦، ٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ٧٦، ح ٣٣٧١، وص ٢٣٣، ح ١٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦ ـ ١٤٧، ح ٦٥١، وص ١٦٤، ح ٧٢٧.

٢. لم نعثر عليه في كتب الحديث المؤلّفة قبل الشهيد ورواه الشيخ العامليّ ـ في وسائل الشيعة (بتحقيق الشيخ الربّاني) ج ١٦، ص ١٣٣، باب صحّة الإقرار...، ح ٢ ـ عن جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبيّ ﷺ. وعلّق عليه محقّق الكتاب الشيخ الربّاني الشيرازي ﷺ بقوله: لم نجده في كتب المتقدّمين والظاهر أنّه ليس بحديث مع شهرته بين العلماء والفضلاء؛ لأنّه لوكان لتمسّك به الشيخ وغيره في كتبهم، نعم ذكره بعض المتأخّرين، منهم العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٧٠، المسألة ٣٣٧، وص ٥٤٣، المسألة ٢٥٨؛ وفي تذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٢٣٣؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٢٨؛ والزهدري الحلّي في إيضاح ترددات الشرائع، ج ١، ص ٢٩٤؛ والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٥، ص ٢٢٣.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٢٥٩.

٤. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥٠٩، الرقم ٣٧٨٢.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٤٩٩.

● ولا يتعدّى الحجرُ إلى المالِ المتجدِّدِ على إشكالٍ، وله إجازةُ بَيعِ الخيارِ وفسخُهُ منْ غَيرِ اعْتِبارِ الغِبْطَةِ، والردُّ بالعيبِ مَعَ اعْتبارِها. وليس له قبضٌ دونَ حقِّهِ.

ولَوِ اقْتَرضَ أوِ اشْتَرى في الذمَّة لم يُشارِكِ المُقْرِضُ والبائعُ الغرماءَ، ولو أتلفَ مالاً بعدَه ضَرَبَ المالكُ به.

الشيخُ نجمُ الدينِ بالمشارَكَةِ في الدَين، وتوقّف في العين [١]. والشيخُ في الخلافِ حكم بالمشارَكَةِ في الإقرار بالدَين [٢]. ولم يَتعرَّضْ للعين. وكذلك الشيخُ أبو منصورٍ الطَبْرِسي. ولم يقل أحدٌ بالقبول في العين دون الدَين إلّا متكلّفٌ [٣].

قوله ﷺ: «ولا يتعدَّى الحَجرُ إلى المالِ المُتَجَدِّدِ على إشكالٍ».

أقول: لا إشكالَ في تعلُّقِ الحَجرِ بالمالِ الحاصلِ حالةَ الحَجر. واستشكل المصنِّفُ في الحَجرِ على المالِ المُتَجَدِّدِ. ووجه الإشكالِ احتمالُ الحَجر ؛ إذِ المقتضي للحَجر على المال الأوّلِ ـ وهو صيانته لحقّ الغرماء ـ موجود هنا ؛ إذ يجب قسمةُ جميعِ مالِهِ على دُيونه. وعَدَمُه ؛ لأنّ الأصلَ تسلُّطُ المسلمِ على ماله ؛ لقوله ﷺ: «الناسُ مسلَّطون على أموالهم» [٤]، فالحجرُ عليه فيه خلافُ الأصل. ولا خلافَ في الحَجر عليه فيما كان موجوداً حالةَ الحَجر، فيبقى ما عداه على الأصل ؛ اقتصاراً على مورد الوِفاق.

وربما انقدح الحَجرُ عليه في نَماء المال الموجود عند الحَجرِ ؛ لتبعيّة النَماء، ولوجوده بغَيرِ اختيارهِ، لا فيما يَكْتَسِبُه ؛ إذ لا يجبُ عليه الاكتسابُ . وجزم المصنِّفُ في التحرير [٥] والقواعدِ بتعلُّقِ الحَجرِ بالمُتَجَدِّدِ [٦].

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٧٨.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٢٧٠، المسألة ١٢.

٣. حكاه ـ عن شرح الإرشاد للفخر ـ العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٣٢١ و ٣٢٣.

٤. لم أعثر على مصدر لهذا الحديث سوى ما رواه مرسلاً الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ١٧٦ ـ ١٧٧، المسألة ٢٩٠؛ والعلّامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٢٤٧، المسألة ١١٧.

٥. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٢، ص ٥١١، المسألة ٣٧٩١.

٦. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٤٤.

● ولو باعَه بعدَ الحجرِ احتُمل تعلُّقُ البائع بعينِ المالِ إنْ جَهل إفلاسَهُ، والصبرُ بالثمنِ إلى الفكِّ، والضَربُ به مع الغرماء.

ولا يَحِلُّ المؤجَّلُ بالحَجْرِ.

وتُقدَّمُ على الديونِ أُجرةُ الكيّالِ والحمّالِ وما يتعلَّقُ بمصلحة الحَجْرِ.

ولو أقام شاهداً بدَيْنٍ حَلَف، ويأخذُ الغرماءُ، فإنْ نكل فليس للغرماءِ الحلفُ.

الثاني: اختصاصُ الغريمِ بعينِ مالِه، وإنّما يرجعُ البائعُ في العَيْنِ مع تعذُّرِ استيفاءِ الثَمَنِ بالإفلاسِ، فلو وَفَى المالُ به فلا رجوعَ، ولو قَدّمهُ الغرماءُ

قوله ﷺ: «ولو باعهُ بعدَ الحَجرِ احتُمِلَ تعلُّقُ البائعِ بعينِ المالِ إنْ جَهِل إفلاسَه، والصبرُ بالثَمن إلى الفَكِّ، والضربُ به مع الغُرَماءِ».

أقول: إذا باعَهُ إنسانٌ بعدَ الحَجرِ وهو عالمٌ بحالِه، فلا إشكالَ في الصبر إلى الفكِّ، والإشكالُ في الجاهلِ. وقد ذكر المصنِّفُ فيه ثلاثةَ أوجُهٍ:

الأوّلُ: تعلُّقه بعَين ماله؛ لما رُويَ عنه ﷺ أنّه قال: «صاحبُ المَتاعِ أحقُّ بمَتاعِه إذا وجدهُ بعَينه»[1]، وهو عامٌّ.

ويُضعَّف بتعلُّق حقِّ الغُرماء الموجودين عند الحَجر بأعيان أمواله قبل تعلّق البائع، فهم أولى.

الثاني: الصبرُ بالثَمن إلى الفكّ؛ لِما بيّنّاه من ضَعفِ التعلُّقِ بالعَين، ولما سَنُبيِّنُه من ضَعفِ الضَربِ مع الغُرَماء.

الثالث: الضرب به مع الغُرماء؛ لأنّ له حقّاً ثابتاً في الذمّة فيَضرِبُ بِهِ كسائر الدُيّان.

ويُضَعّفُ بِسَبْقِ تعلُّقِ حقّ الدُيّان المقتضي لأولَويّتِهم.

واعلم أنّ في انفكاكِ الضَربِ مع الغُرماء هنا عن أخذ العَين مع وجودِها بُعداً؛ إذِ المقتضي للضَرب كونُه غريماً، وكلُّ غريمٍ وَجدَ عَيْنَ مالِهِ فهو أحقُّ بها، إلّا أنّ الطعنَ في الكُبرى. ومع ذلك لا يَتأتّي احتمالُ تقديمِ الغُرماءِ إلّا على تقدير تعلّق الحَجرِ بالمتجدِّد.

---

[1] المبسوط، ج ٢، ص ٢٧٢؛ سنن الدارقطني، ج ٢، ص ٦١٠، ح ١٠٧/٢٨٦٥؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٩٠، ح ٢٣٦٠؛ مسند الإمام الشافعي، ص ٣٢٩.

فله الرجوعُ ؛ لاشتمالِه على المِنَّةِ، وتجويزِ ظهورِ غريمٍ آخَرَ.

ولا رجوعَ لو تعذَّر بامْتِناعِه، بل يَحْبِسهُ الحاكمُ أو يبيعُ عليه، وإنّما يرجعُ إذا كانَ الثمنُ حالاًّ، ويرجعُ وإنْ لم يكُنْ سِواها مع الحياة.

وله الضَرْبُ بالثمن مع الغرماءِ، ولا اخْتصاصَ معَ الموتِ إلّا مـع الوفـاءِ، ولو وَجَدَ البعضَ أخَذَهُ وضرب بثمَنِ الباقي، وكذا لو تعَيَّبَ بعيبٍ اسْتحقَّ أرشَه ضَرب بجزءٍ منَ الثمن على نِسْبةِ نقصانِ القِيمَةِ لا بأرشِ الجِنايَةِ، ولوكان مِن قِبَلِه تعالى أو بجِنايةِ المُفلَّسِ أخذ العينَ بالثمنِ أو ضرب.

● والنَماءُ المنفصلُ للمُفلَّس، ولو كانَ متّصلاً فالوجهُ سقوطُ حقِّه منَ العينِ.

ويُقدَّمُ حقُّ الشفيعِ، ويضرب البائعُ بالثمنِ.

وَيفسَخُ المؤجِرُ وإنْ بذل الغرماءُ الأُجرةَ.

ولو أخذ بعدَ الغَرْسِ بيعتِ الغُروسُ وليس له الإزالةُ بالأرشِ.

ولا يبطُلُ حقُّه بالخلطِ بالمُساوي والأردإ، ويَضربُ بالثمنِ لو خُلط بالأجودِ.

ولو نَسجَ الغَزْلَ فلهُ العَينُ، وللغرماءِ الزائدُ بـالعملِ ؛ وكـذا لو صـبغَهُ أو عَـملَ فيه بنفسه.

قوله ﷺ: «والنَماء المُنفصِلُ للمُفلَّس، ولو كان متّصلاً فالوجه سقوطُ حقِّه مِنَ العَينِ».

أقول: لأنّ في جَوازِ رُجوعهِ بـالعَين إضـراراً بـالغرماء وهـو مـنفيّ ؛ ولأنّ المـقتضي لعدم رُجوعهِ في النَماءِ المُـنفَصِلِ مـوجودٌ فـي المـتّصلِ، ولاسـبيلَ إلى الرجـوع بـالعَين من دونه ؛ لعدم انفكاكه عنها فيَسقُط الرجوعُ. ويُحتملُ ضعيفاً جوازُ الرجوع ؛ لأنّـه واجـدٌ لِعَينِ مالِه، وكلُّ واجدٍ لعين مالِه أحقّ بها، عـملاً بـالحديثِ المـتقدّمِ[1]. والمـصنّفُ اخـتارَ في القواعد[2] خيرةَ الشيخِ في المبسوطِ، مِنْ جوازِ الرجوعِ ؛ لأنّ هذه الزيادة تَتْبَعُ العينَ[3].

---

١. تقدّم في ص١٤٥، الهامش ١.

٢. قواعِد الأحكام، ج ٢، ص ١٥٠.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٢٥٢.

ويتخيَّرُ المشتَري سَلَماً في الضربِ بالقِيمَةِ أو الثمن.

وللبائع أخذُ المُستولَدةِ، وله بيعُها دونَ الولدِ.

ويتعلَّقُ حقُّ الغُرماءِ بديةِ الخَطإ والعمدِ إنْ قَبِلَ ديَتَهُ.

ولا يثبتُ الفسخُ إلّا في المعاوَضَةِ المحضةِ كالبَيْعِ والإجارَةِ.

ولو كانتِ الدابّةُ في باديةٍ نُقِلتْ إلى مأمن بأُجرَةِ المثلِ مقدّمةً على الغرماءِ.

ولو زَرَع تُرِكَ بعدَ الفسخِ بأُجرةِ المثلِ مقدّمةً على الغرماءِ. ولو أفلسَ المؤجِرُ بعدَ تعيينِ ما آجره فلا فسخَ، بل يُقدَّمُ المُستأجِرُ بالمنفعةِ ؛ لتعلُّقِ حقِّهِ بعَينِ الدارِ. ولو كانتِ الإجارةُ واردةً على ما في الذمَّةِ فله الرجوعُ إلى الأُجرةِ مع بقائِها.

الثالثُ: قسمةُ أموالِه، ويُبادِرُ الحاكمُ إلى بَيعِ المَخْشِيِّ تلفُهُ أوّلاً وبعدَه بالرهنِ، وينبغي إحضارُ كلِّ مَتاعٍ في سوقِه، وإحضارُ الغُرماءِ، والتعويلُ على منادٍ أمينٍ، وتقدّمُ أجرتُه.

وتَجْري عليه نفقتُهُ ونفقةُ أهلِه وكسوتُهم على عادةِ أمثالِه إلى يومِ القسمةِ، فيُعطى هو وعِيالُه نفقةَ ذلك اليوم.

ويُقدّمُ كفنه الواجبُ لومات قبلَ القسمةِ، ثمّ يُقسِّم الحاكمُ على الأموالِ الحالَّة الثابتة شرعاً دونَ المؤجَّلةِ.

ولو ظهر غريمٌ بعدَ القِسمةِ نُقِضَتْ وشاركَ. ولو حَلَّ المؤجَّلُ قبلَ القسمةِ شاركَ.

ولو جَنى عبدُهُ قُدّم حقُّ المجنيِّ عليه وليس له فكُّه.

ولَوِ اقْتضَتِ المصلحةُ تأخيرَ القسمةِ جُعل المالُ في ذمّةِ مَليٍّ، فإنْ تعذَّر أُودِعَ مِنَ الثقةِ.

الرابعُ: حبسُه، ويَحرمُ مع إعسارِه الثابتِ بِاعْترافِ الغريمِ أو البيِّنَةِ، ولوماطَلَ مع القُدرةِ فللحاكمِ حَبْسُهُ والبيعُ عليه.

ولَوِ ادّعى الإعسارَ وكانَ له أصلُ مالٍ، أو كانَ أصلُ الدعوى مالاً افْتقر إلى البيِّنَةِ، فإنْ شَهِدتْ بتلفِ أموالِهِ فلا يمينَ، ولو شَهِدتْ بالإعسارِ افْتقر إلى اطّلاعِها على باطنِ أمرِهِ وأُحْلِفَ.

وإنْ لم يكنْ له أصلُ مالٍ، ولا كانَتِ الدعوى مالاً قُبِلَتْ يمينُه بغير بيِّنَةٍ، ومع القِسْمَةِ يُطْلَقُ.

ولا يجوز مُؤاجَرتُه ولا استعمالُه، ● ولو كانَ له دارُ غَلَّةٍ أو دابَّةٌ وجب أنْ يُؤاجِرَهما، وكذا المملوكةُ وإنْ كانتْ أُمَّ ولدٍ.

ولا تُباع دارُ سكناهُ، ولا عبدُ خدمَتِهِ، ولا فَرَسُ رُكُوبه إذا كانَ من أهلِها، ولا ثِيابُ تَجمُّلِه.

قوله ﴿﴾: «ولو كان له دارُ غَلَّةٍ أو دابّةٌ، وجب أنْ يُؤاجَرهما، وكذا المملوكةُ وإنْ كانت أُمَّ ولدٍ».

أقول: ليس هذا الكلامُ على إطلاقِهِ بل ينبغي حَمْلُه على مؤاجَرتِها بعدَ الحَجْرِ وقبلَ القسمةِ، أو على أنّها ممّا يُمنَع من بيعه كالوقف. والظاهرُ أنّ هذه المسألةَ استطراديّةٌ، ومعناه أنّ المديونَ غيرُ المحجورِ عليه ـ سواءٌ فُكَّ حَجرُه أو لم يَمَسّهُ التفليس ـ لا يُؤاجَرُ ولا يُجبَرُ على التكسّب، كقبول الهبة والوصيّةِ والاحتطابِ والاغتنامِ والتغريرِ بنفسِهِ في دارِ الحربِ، والخلعِ، ولا المرأةُ بالتزويج. أمّا لو كانت للمديون مملوكةٌ أو دابّةٌ وجب أنْ يؤاجِرَها؛ لأنّ المَنافعَ تُعَدُّ أموالاً، وحينئذٍ لا حاجَةَ إلى التأويل. وهو ظاهرُ الكتاب وغيرِه [١]. وفي المبسوط أومأ إلى ما ذكرناه [٢]. وعليه يُحمل كلامُ الشرائع وغيرِها [٣].

---

١. كقواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٥٢: ويجب أنْ يؤاجر الدابة والدار والمملوك، وإنْ كانت أمّ ولد.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٢٧٤ ـ ٢٧٥.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨١؛ ولمزيد التوضيح راجع جامع المقاصد، ج ٥، ص ٢٩٧؛ ومسالك الأفهام، ج ٤، ص ١١٨.

المقصدُ الرابعُ في الضَمانِ

ومطالبُه ثلاثةٌ:

[المطلبُ] الأوّلُ [في شرائط الضامن]

يُشتَرطُ في الضامنِ جوازُ التصرُّفِ والمَلاءَةُ، أو عِلْمُ المضمونِ له بالإعسارِ.

فلا يصحُّ ضَمانُ الصبيِّ، ولا المجنونِ، ولا المملوكِ بدونِ إذنِ المولى، ومعه يثبتُ في ذمّته لا في كَسْبِه، إلّا أنْ يُشتَرطَ، كما لو شُرِطَ الضَمانُ مِنْ مالٍ بعينِه.

ولا يُشتَرطُ علمُه بالمضمونِ له، ويُشترطُ رضاه لا رضى المضمونِ عنه.

والضَمانُ ناقلٌ. ولو أبرأ المالكُ المضمونَ عنه لم يَبْرَأ الضامنُ، ولو أبرأ الضامنَ بَرِئا معاً.

ولو ظَهر إعسارُه تَخيَّر في الفسخِ؛ ولو تجدَّد بعدَ الضَمانِ فلا فسخَ.

ويَجوزُ حالاً ومؤجَّلاً، عن حالٍّ ومؤجَّلٍ.

ويَرجِعُ الضامِنُ على المضمونِ عنه بما أدّى إنْ ضَمِنَ بإذنِه وإلّا فلا.

ولو دفَعَ عَرَضاً رجعَ بأقلِّ الأمرينِ.

ولو أبرأ مِنْ بعضٍ لم يرجِعْ به.

وإنّما يصحُّ إذا كانَ الحقُّ ثابتاً في الذمّةِ وقتَ الضَمانِ، مستقرّاً كانَ كالثمنِ بعدَ الخيارِ، أو غيرِه كالثمنِ فيه. ولا يَصحُّ قبلَ الثبوتِ وإنْ آلَ إليه.

ويصحُّ ضَمانُ مالِ الكتابةِ، والنفقةِ الماضيةِ والحاضرةِ لا المستقبلةِ، وضَمانُ الأعيانِ المضمونةِ كالغَصبِ، والمقبوضِ بالسَوْمِ والعقدِ الفاسدِ لا الأمانةِ كالوديعة.

وتَرامَى الضَمانُ.

ولا يفتقِرُ إلى العلمِ بالكمّيّةِ، فلو ضمِنَ ما في ذمّتِهِ صحّ، ويلزمه ما تَقُومُ به البَيِّنةُ لا ما يُقِرُّ به المضمونُ عنه، أو يَحلِفُ المضمونُ له بِرَدِّ المضمونِ عنه.

ولا يصحُّ ضَمانُ مايُشْهَدُ بِهِ عليه.

ويلزم ضامنَ عُهدَةِ الثمنِ الدركُ في كُلِّ موضعٍ بطل أصلُ البَيعِ كالمستحقِّ، لاماتجدَّدَ بطلانُه بفسخٍ لِعَيبٍ وغيرِه، وتلفُ مبيعٍ قبلَ قبضِهِ.

ولو طالب بأرشِ عيبٍ سابقٍ رجع على الضامِنِ.

ولو خرَجَ بعضُهُ مُستَحِقّاً رَجَعَ على الضامِنِ به وعلى البائعِ بالباقي.

● والقولُ قولُ المضمونِ له في عدمِ تقبيضِ الضامنِ، ولو شهِدَ للضامِنِ المضمونُ عنه قُبِلَتْ مع عدمِ التُهْمَةِ، ولو كانَ فاسقاً وحلَفَ المضمونُ له أخذَ مِنَ

قوله ـ في الضَمان ـ: «والقولُ قولُ المضمونِ له في عدمِ تقبيضِ الضامنِ، ولو شَهِدَ للضامنِ المضمونُ عنه قُبِلَت مع عدمِ التُهمةِ».

أقول: ليست هذه المسألةُ من المشكلات، وإنّما يَسألُ عنها المبتدئُ فَلْنوضِحْها، فنقول: الضامن ـ بسؤال المضمون عنه أولا بسؤاله ـ إذا ادّعى دفعَ المال إلى المضمونِ له فأنْكَر القبضَ صُدِّق مع يمينه، فإنْ شَهِدَ المضمونُ عنه بالأداء إلى المضمونِ له وهو عدلٌ ولا تُهمةَ قُبِلَت شهادتُه.

وتتحقّق التُهمةُ بأشياء:

منها: أنْ يكون الضامنُ قد صالَحَ على أقلَّ من الحقِّ فيشهد له لِيُرجِعَ عليه به. وفيه نظرٌ؛ إذ الأقوى أنّه مع عدم الشهادة يُرجَع بالأقلّ من الأوّلِ والثاني، كما ذكره المصنِّفُ، فلا تهمةَ حينئذ.

ومنها: أنْ يكون الضامن معسراً، وصاحب الحقّ جاهلاً بعُسرِه، فيشهد الأصيلُ بالدفعِ؛ لئلّا يفسخَ المضمونُ له الضَمانَ ويَرجِعَ عليه.

ومنها: أن يُحْجَرَ على الضامن للفَلَس، ويكون للأصيل عليه مالٌ فيشهد بأداء الحقّ؛ ليتوفّر مالُ الضامن عليه.

واعلم أنّ هاتَين الصورتَينِ تطّردانِ مع السؤالِ وعدمِه.

الضامِنِ ما حلف عليه ورجع الضامنُ بما أدّاهُ أوّلاً، ولو لم يَشْهَدْ رجَعَ بما أدّاهُ ثانياً إنْ لم يَزِد على الأوّلِ.

ويُخْرَجُ ضَمانُ المريض مِنَ الثُلثِ.

المطلب الثاني في الحوالة

ويُشتَرطُ رضى الثلاثَةِ، ومَلاءَةُ المُحالِ عليه أو علمُ المُحْتالِ بالإعسارِ، والعلمُ بالمالِ، وثبوتُه في ذِمَّة المُحيلِ.

ولا يجب قبولُها على المليء. وهي ناقلةٌ. ويبرأ بها المُحيلُ وإنْ لم يُبْرِئهُ المُحتالُ ولا يُشتَرطُ سَبْقُ شُغُلِ ذِمَّةِ المُحالِ عليه.

ولو أحالَهُ على فقيرٍ ورضي به عالِماً لزم، وكذا على مَليءٍ ثُمَّ افْتقر.

ويَصِحُّ ترامي الحوالاتِ ودَوْرُها.

ولو أدّى المُحالُ عليه ثمّ طالبَ المُحيلَ فادّعى شُغُلَ ذمَّتِه، فالقولُ قولُ المُحال عليه.

وتَصِحُّ الحَوالَةُ بمالِ الكتابةِ بعدَ الحُلولِ وقَبْلَه كالمؤجّلِ.

● ولو أحالَ المشتَري البائعَ بالثَمن ثُمَّ ردَّ بالعَيبِ بَطَلَتْ على إشكالٍ، فإنْ كانَ قَبَضَ اسْتعاده المشتَري من البائعِ وبَرِئَ المُحالُ عليه. ولو أحالَ البائعَ بالثمنِ ثُمَّ فسخَ المشتَري لم تَبطُلْ؛ ولو بطَلَ أصلُ العقدِ بطلتْ فيهما.

قوله ﷺ: «ولو أحالَ المشتَري البائعَ بالثَمَن ثمّ رَدّ بالعيب، بطلتْ على إشكالٍ».

أقول: يَنشأ من أنّ الحوالةَ تابعةٌ للبيع، فإذا بطل البَيْعُ بطلتْ؛ لاستحالة وجود التابع من جِهَة ما هو تابعٌ بدونِ متبوعه. وهو مذهبُ الشيخ ﷺ [1].

ومن أنّ الحوالةَ ناقلةٌ للمال بعد تحقّقِ انتقال ماكان للمشتَري في ذمّة المُحال عليه إلى البائع، فلا يُزيلُهُ الفسخُ المتعقِّب.

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٣١٦.

المطلبُ الثالثُ في الكَفالةِ

وهي التعهُّدُ بِالنَفْسِ مِمَّن له حقٌّ.

ويُشتَرطُ رِضى الكَفيلِ والمَكْفولِ له وتعيينُ المكفولِ، فلو كَفَل أحدَهما، أو واحداً مُعَيَّناً منهما فإنْ لم يُحْضِرْه فالآخَرَ بطلتْ.

والتعيينُ في الكَفالة بما يَدلُّ على الجملةِ، كالرأسِ والبَدنِ والوجهِ دونَ اليَدِ والرِجْلِ.

وتَصحُّ حالَّةً ومُؤجَّلةً. وتَرامى الكَفالات. والإطلاقُ يَقتضي التَعجيلَ.

ويُشترطُ ضَبْطُ الأجَلِ، فإن سَلَّمَهُ الكفيلُ بعدَه تامّاً بَرِئ، وإلّا حَبَسَهُ حتّى يُحضِرَهُ أو يُؤدّي ما عليه.

ولو قال: إنْ لم أُحْضِرْهُ كان عليَّ كذا لَزِمَهُ الإحضارُ خاصّةً. ولو قال: عليَّ كذا إلى كذا إنْ لم أُحْضِرْهُ وَجَبَ المالُ.

ولو أطْلَقَ غريماً مِنْ يدِ صاحبِه قهراً لَزِمَهُ إحضارُه أو أداءُ ما عليه. ولوكانَ قاتِلاً لزِمَهُ الإحضارُ أو الديةُ.

والمصنِّفُ ﷺ بَنى الوَجهَينِ على أنّ الحوالةَ استيفاءُ ما على المُحيل؛ لعدم اشتراط القَبض فيها ولو كان الحقّانِ من الأثمان؛ ولتحقّق براءةِ ذِمّةِ الآمر بمجرّدِها؛ ولأنّها لوكانت اعتياضاً لكان بَيع دَينٍ بمثلِه. فحينئذٍ تبطل؛ لأنّها نوعُ إرفاقٍ، وإذا بطل الأُصل بطلتْ هيئةُ الإرفاق، كما لواشتَرى بدراهمَ مُكَسَّرةٍ فأعطاه صِحاحاً ثمّ فسخ؛ فإنّه يَرجِعُ بالصِحاح.

أو على أنّها اعتياضٌ؛ لأنّه لم يَقبِض نفسَ حقِّهِ بل أخذ بدَلَه عوضاً عنه، وهو معنى الاعتياض. فعلى هذا لا تَبْطُلُ، كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوباً ثمّ فسخ، فإنّه يَرجِعُ بالثمن لا بالثوب. وتردّد فيها شيخُنا نجمُ الدين [١] والمصنِّفُ ﷺ.

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٩٥.

ولا يجبُ تسلّم الخَصْمِ قبلَ الأجلِ، ولا الممنوعِ مِنْ تَسلُّمِه بيدِ القَهْر، ويَجبُ بعدَ الأجلِ، والمحْبوسِ شَرْعاً.

ويَبْرَأُ الكفيلُ بموتِ المكفولِ، وتسليمِ نفسِهِ، وبإحضارِ الكفيلِ الآخَرِله. ولو كَفَّله مِنْ اثنينِ لم يَبْرأ بالتسليمِ إلى أحدِهما.

ويُنظرُ الكفيلُ بعدَ الحلولِ بِقَدْرِ الذهابِ إلى بَلَدِ المكفولِ وإحضارِه. وينصرفُ الإطلاقُ إلى التسليمِ في بَلَدِ الكَفالةِ، ولو عَيَّنَ غيرَه لَزِمَ.

والقولُ قولُ المَكفولِ له لَوِ ادعَّى الكفيلُ انْتِفاءَ الحَقِّ، ولَوادَّعى الإبْراءَ حَلَف المَكفولُ له، فإنْ رَدّ بَرِئَ مِنَ الكَفالَةِ دونَ المَكفولِ مِنَ الحَقِّ.



المقصدُ الخامسُ في الصُلحِ

ويَصحُّ على الإقرارِ والإنكارِ مالم يُغَيِّرِ المَشْروعَ، ومع عِلم المصطلِحَيْنِ وجَهْلِهما بِقَدرِ المالِ المُتنازَعِ عليه دَيناًكانَ أو عَيْناً، لا ما وَقَع عليه الصُلحُ.

وتَكْفِي المشاهَدَةُ في الموزونِ.

ويصحُّ على عينٍ بعينٍ و منفعةٍ، وعلى منفعةٍ بعينٍ ومنفعةٍ.

ولَو صالَحَهُ على دراهِمَ بدنانيرَ أو بالعكسِ صحَّ وإنْ لم يَتَقابَضا.

وهو لازمٌ مِنَ الطرفَينِ لا يبطُلُ إلّا بِالتراضِي.

ولَوِ اصْطَلَحَ الشريكانُ على اخْتِصاصِ أحدِهما بالرِبْحِ والخُسرانِ والآخَرِ برأسِ مالِه صَحَّ.

ويُعطى مُدَّعي الدِرهمَيْنِ بيدِهما أحدَهما ونصفَ الآخرِ، ومدّعي أحدِهما نصفَ الآخرِ.

وكذا لو أودعَهُ أحدُهما اثنين والآخرُ ثالثاً وذَهَب أحدُهما مِنْ غَيرِ تفريطٍ.

ويُقْسَمُ ثمنُ الثوبينِ المشتبهَيْنِ على نِسبةِ رأسِ المال.

ولو صَدَّق أحدَ المدَّعِيَينِ المُدَّعى عليه لعينٍ بِسببٍ يَقتضي الشركةَ كالميراثِ وصالَحَهُ على نصفِه صَحّ إنْ كانَ بإذنِ شريكِه، والعِوَضُ لهما، وإلّا ففي الرُبْعِ. وإنْ لم يَقْتَضِ الشِركَةُ لم يَشْتَرِكا في المُقَرِّ به.

وليس طلبُ الصُلحِ إقراراً، بخلافِ «بِعْني» أو «مَلِّكْني» أو «أجِّلْني» أو «قَضَيتُ» أو «أبْرَأتُ».

ولو بانَ اسْتحقاقُ أحدِ العِوَضَينِ بَطل الصُلْحُ.

ولو صالَحَه على دِرهمَينِ عَمّا أتلَفَه وقيمتُه درهمٌ صحّ.

ولو صالح المنكرُ مُدَّعِيَ الدارِ على سُكنى سَنَةٍ صَحّ ولا رجوعَ، وكذا لو أقرّ.

● ويُقْضى للراكبِ دونَ قابِضِ اللِجامِ على رأيٍ، ولِصاحبِ الحِمْلِ لو تَداعَيا الجَمَلَ الحامِلَ، ولصاحِبِ البَيتِ لو تَداعَيا الغرفةَ المفتوحَةَ إلى الآخَرِ، ولصاحِبِ البيتِ بجُدْرانِه لو نازعَهُ الأعلى.

● ولصاحِبِ الغُرفَةِ بجُدْرانِها لو نازَعَه الأسفلُ، وكذا في سَقْفِها على رأي.

قوله ﷺ ـ في الصلح ـ: «ويُقْضى للراكبِ دونَ قابِضِ اللِجامِ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ الشيخِ نجمِ الدين [1]؛ لقوّةِ يدِ الراكبِ وشدّةِ تصرّفِهِ.

وقال الشيخُ في المبسوط: يُحْكَمُ بها للراكب. وقيل: إنّها [2] تُجْعَلُ بينهما نصفَين، وهو الأحوط [3]. وفي الخلاف يكون بينهما سَواء؛ لتساويهما في الدعوى، فترجيحُ أحدِهما على الآخرِ بلا مرجِّح [4]. واختاره ابنُ إدريسَ [5].

قلت: لا شكّ أنّ كلاً منهما مدّعٍ بتفسيراتِ المدّعي، ومنكرٌ أيضاً بها، ولكلٍّ منهما يدٌ إلّا أنّ يدَ الراكب تُضاف إلى تصرُّفه، فإنْ ثبت أنّ التصرّفَ له مَدخَلٌ في الرُجحان، رجُحَ به. وأمّا الترجيحُ بقوّة اليد فلا أثرَ له؛ لأنّ قوّةَ سلطانِ اليد لم تؤثّر في ثوبٍ بيدِ أحدِ المدّعِيَين أكثرَه.

قوله ﷺ: «ولصاحب الغُرفَةِ بجُدْرانِها لو نازعه الأسفلُ، وكذا في سَقفها على رأي».

أقول: يريد أنّه يقضى لصاحبِ الغُرفةِ بسقفها الحامِلِ لها إذا ادّعاه كلٌّ منه ومن صاحب البيت. وهو مذهب ابن إدريسَ [6] وظاهرُ كلام ابن الجُنَيْد [7]؛ لأنّ الغرفة إنّما تتحقّق بالسقفِ

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٠٤.

٢. في جميع النسخ: «إنّه» بدل «إنّها» وما أثبتناه وهو الصحيح من المصدر.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧؛ والقائل ـ بجعله بينهما نصفين ـ هو أبو إسحاق المروزي على ما في الخلاف، ج ٣، ص ٢٩٦، المسألة ٥؛ وفتح العزيز، ضمن المجموع شرح المهذب، ج ١٠، ص ٣٣٤.

٤. الخلاف، ج ٣، ص ٢٩٦، المسألة ٥.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٦٧.

٦. السرائر، ج ٢، ص ٦٧.

٧. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٨٥، المسألة ١٢٨، وص ١٩٠، المسألة ١٤٠.

ولِمَنِ اتَّصل بِناءُ الجِدارِ به لو تَداعَياه، ولصاحبِ السَّقْفِ عليه، ولِمَنْ إليه مَعاقِدُ القِمْطِ في الخُصِّ، ولصاحبِ العُلْوِ بالدرجةِ، وبالخارجِ عن المَسْلَكِ إلى العُلْوِ لصاحبِ السُّفْل.

ويتساويانِ في المَسْلك، والخِزانةِ تحتَ الدرَجةِ، والثوبِ الذي في يد أحدِهما أكثرُه، والعبدِ الذي لأحدِهما عليه ثيابٌ، والجدارِ غيرِ المتَّصلِ، والحامل.

ولا ترجيحَ بالخوارجِ والرَّوازِنِ، فيُحكم في هذه الصُوَرِ مع عدَمِ البيِّنَةِ لمن حلَف، ولو حلَفا أو نَكَلا فهو لَهما.

ولا يجبُ على الجارِ وضعُ خُشُبِ جارِه على حائطِه بَلْ يُستَحَبُّ، فإنْ رَجَع في الإذْنِ قَبْلَ الوَضْعِ صحَّ، ولو رَجَع بعدَه لم يَصحَّ إلّا بالأرشِ، ولو انهدمَ لم يُعِدِ الطرحَ إلّا بإذنٍ مُستأنَفٍ. ويَصِحُّ الصلحُ على الوضع بعدَ تعيينِ الخُشُب ووزنِه وطولِه.

الحامل؛ لأنّه أرضُها، ويمكنُ وجودُ البَيْتِ بغير سقفٍ وهما متصادقانِ على وجودِ غرفةٍ، وكونها غرفةً بدون سقفٍ حاملٍ ممتنعٌ؛ ولأنّ تصرُّفَه فيه أغلبُ من تصرُّفِ صاحبِ السِفلِ.

واختار الشيخُ القُرعةَ في المبسوطِ [١] والخلافِ؛ لأنّه أمرٌ مُشكلٌ، وقد أجمعنا على القُرعةِ [٢]، مع أنّه جوَّزَ القسمةَ بينهما بعد إحلافهما [٣]. واستَحسنَ الشيخ نجم الدين القولَ بالقُرعةِ [٤].

واعْلَمْ أنّ ترجيحَ صاحبِ الغُرفَة أو مُساواتَهُ لصاحب البَيْتِ إنّما يُمكنُ إذا أُمكن تحقّقُ السقْفِ بعدَ بِناءِ البَيْتِ، أمّا إذا لم يمكن، كالأَزَجِ [٥] المُمتدِّ فلا إشكالَ عند المُصَنِّفِ في تَرجيحِ صاحبِ البَيْتِ.

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٣٠٠.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٢٩٨، المسألة ٨.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٣٠٠.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٠٣.

٥. بيت يبنى طولاً ويقال له بالفارسيّة: أوستان. لسان العرب، ج ٢، ص ٢٠٨، «أزج».

وليس للشريكِ التصرّفُ في المشتَرَكِ إلّا بإذنِ شريكِه، ولـو انْـهدَمَ لم يُـجْبَرِ الشَريكُ على العِمارةِ إلّا أنْ يَهدِمَهُ بِغَيرِ إذنِ شريكِه، أو بإذنِه بِشَرطِ الإعادَةِ.

وللجارِ عَطفُ أغْصانِ شَجَرَةِ جارِه الداخلةِ إليه، فإنْ تعذّرَ قُطِعَتْ.

ويجوزُ إخراجُ الرَواشنِ والأجْنِحَةِ والميازيب إلى النافِذَةِ مَعَ انْتِفاءِ الضَررِ وإنْ عارضَ مُسلمٌ، وفتحُ الأبوابِ فيها.

ويُمْنَعُ مقابلُه مِنْ معارِضَتِه وإن اسْـتوعَبَ الدَرْبَ. ولو سـقَطَ فسبَقَ مـقابلُه لم يكنْ للأوّلِ منعُه.

ولا يجوزُ جميعُ ذلك في المرفوعةِ إلّا بإذنِ أربابِها وإنْ لم يكُـنْ مُـضِراً، ولو أحَدثَ جازَ لكلِّ أحدٍ إزالتُه.

ويُمنَع مِنْ فَتحِ بابٍ لِغير الاستطراقِ أيضاً دَفعاً لِلشُبهَةِ.

ولا يُمنع من الرَوازِنِ والشَبابيك وفتح باب بينَ دارَيْهِ المـتلاصقتَين، إذاكـانَ بابُ كُلِّ واحدة في زُقاقٍ منقطعٍ.

وذو البابِ الأدخلِ يشارِكُ الأقدمَ إلى بابِه، والفاضِلَ مِـنَ الصَـدْرِ إنْ وُجِـد، ويَنفردُ بما بينَ البابين، ولكلٍّ مِنَ الداخلِ والخارجِ تقديمُ بابِه لاإدْخالُها.

المقصدُ السادسُ في الإقرار

ومطالبه اثنانِ:

[المطلبُ] الأوّل في أركانه

وهي أربعةٌ:

الأوّلُ: المقِرُّ، ويُشترَطُ بلوغُه ورشدُه وحُرِّيَّتُهُ واختيارُه وجوازُ تصرُّفِه، لا عدالتُه.

● ولو أقرّ الصبيُّ بِالوصيَّةِ بالمعروفِ صَحّ على رأيٍ.

قوله ﷺ ـ في الإقرارِ ـ: «ولو أقرّ الصبيُّ بالوصيَّةِ بالمعروفِ صَحَّ على رأيٍ».

أقول: هذا مذهبُ كُلِّ مَنْ جوّزَ وصيّةَ الصبيّ في المعروفِ، كالشيخينِ [١] ونجمِ الدينِ [٢] والمصنِّفِ فيما يَظهرُ من هذا الكتابِ.

ومَنْ مَنعَ كابنِ إدريسَ [٣] والمصنِّفِ في باقي كُتُبه [٤] مَنعَ مِنَ الإقرار [٥]؛ ضرورةَ أنّ تنفيذَ الإقرارِ بالشيء فرعُ جوازِ التصرّفِ في ذلك الشيء.

وسيأتي ذكرُ المُخالِفِ في الوصيَّةِ ومُعتَمَدهُ إنْ شاءَ اللهُ تعالى [٦].

---

١. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٦٧؛ والشيخ في النهاية، ص ٦١١.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٠؛ و ج ٣، ص ١١٩.

٣. السرائر، ج ٣، ص ٢٠٦.

٤. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٥٠، المسألة ١٢٤؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٧؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٣٦، الرقم ٤٧٣٦؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٠٩ (الطبعة الحجريّة)؛ تبصرة المتعلّمين، ص ١٢٨.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٤٩٨؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٣؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٣٩٩؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٢٥١، المسألة ٨٤٥؛ تبصرة المتعلّمين، ص ١٢١.

٦. سيأتي في ص ٢٨٥.

ولو أقرّ السفيهُ بمالٍ فعلَهُ صَحّ دونَ إقرارِه بالمال. ولو أقرّ بِسرقةٍ قُبِل في القطعِ خاصّةً.

ولو أقرّ المملوكُ تُبِع به إنْ عَتَق.

وكلُّ مَنْ يَملكُ التصرّفَ في شيءٍ يَنفُذُ إقرارُه فيه، كالعبدِ المأذونِ له في التجارةِ إذا أقرّ بما يَتعلّقُ بها، ويُؤخَذُ ممّا في يدِه، وإنْ كانَ أكثرَ لم يضمَنْه المولى.

● ويُقبَلُ إقرارُ المفلّسِ، وفي مُشاركةِ الغُرماءِ نظرٌ، وإقرارُ المريضِ معَ انتفاءِ التُهْمَةِ، ومعها يكونُ وصيّةً، وإقرارُ الصبيّ بالبلوغ إنْ بَلَغَ الحدَّ الذي يَحتملُه.

الثاني: المُقَرُّ له، وله شرطان:

الأوّل: أنْ تكونَ له أهليّةُ التملُّك، ● فلو أقرّ للحمارِ لم يصحّ، ولو قال: بسَببِه، فهو لمالكِه على إشكالٍ.

قوله ﷺ: «ويُقبَلُ إقرارُ المُفلَّسِ وفي مشارَكةِ الغُرماءِ نظرٌ».

أقول: تقدّمَ ذلك في بابِ المُفلَّسِ[1]، والمصنّفُ هناكَ رجّحَ عدَمَ المُشارَكةِ، وبيّنّا وَجهَ الترجيحِ، وبيّنّا أيضاً وجهَ مرجوحيّةِ المُشارَكةِ، ومنهُ يُعرفُ وجهُ النظر.

قوله ﷺ: «فلو أقرّ للحمارِ لم يَصحّ، ولو قال: بسببِه، فهوَ لمالِكِه على إشكالٍ».

أقول: منشأُ الإشكال من قولِ الشيخِ ﷺ في المبسوطِ: أنّه لمالكِه[2]؛ حَملاً على أنّه استأجَرهُ أو جَنى عليه؛ وعِوَضُ الإجارة وأرشُ الجِنايةِ للمالِكِ قَطعاً؛ ولأنّ الأسبابَ المقتضيةَ لتمليكِ المالِكِ هي الغالبةُ، ولغيره نادرةٌ، والغالبُ تَسلُّطَ على غَلَبةِ الظنّ بوقوعه، والآخرُ مندفعٌ بالأصلِ.

ومن أنّه قد يَجبُ بسببه ما لا يستحقُّه المالكُ كأرشِ الجِناية على سائقها أوراكبها، وحينئذٍ في الكلام احتمالُ الأمرَينِ، فلا دَلالة فيه على أحدِهما بعَينِه؛ ضَرورةَ أنّه أعمُّ منهما، ولا دَلالة للعامّ على الخاصّ، مع احتمال البُطلان؛ لأنّ شرطَ صحّةِ الإقرار ذكرُ المُقَرّ

---

١. تقدّم في ص١٤٢.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٣٨.

ولو أقرّ للعبدِ فهو لمولاهُ.

ولو أقرّ للحَمْلِ صَحّ إنْ أطلَق أو ذكَر المُحْتَمَلَ كالإرثِ والوصيّةِ، ● ولو ذكر غيرَه كالجِنايَةِ عليه فالأقربُ الصحّةُ، ولا تؤثِّرُ الضَميمةُ، فإنْ سَقَط حيّاً لأقصى

له ولم يحصل. كذا ذكرهُ شَيخنا المصنّفُ في التحريرِ[1]. وفيه نظرٌ؛ فإنّ هنا مُقرّاً له مذكوراً وهو المالكُ أو أجنبي، فكأنّه قال: هو لأحدِ هذَين.

قوله ﷺ: «ولو ذكر غيرَه كالجِنايةِ عليه فالأقربُ الصحّةُ».

أقول: يُريدُ لو أقرّ للحَملِ وذكرَ سبباً غَيرَ مُمكنٍ ـ كالجنايَةِ عليهِ والشِراءِ منهُ ـ فالأقربُ صحّةُ الإقرارِ ويلغو المُنافي. ووجه القُربِ أنّ صحّةَ الإقرار اقتضى إلزامَه بما أقرّ بـه، فـإذا نافاه بعد ذلك لا يُقبلُ؛ إذ هوإنكارٌ بعدَ الإقرارِ، فيكونُ غَيرَ مقبولٍ؛ ولأنّ مِنْ صورةِ النزاع: «له عَليّ مالٌ من ثَمَنِ خمرٍ» وشبهِهِ، وهوإقرارٌ صحيحٌ.

ويُحتَملُ ضَعيفاً بُطلانُ الإقرار؛ لأنّ الكلامَ كالجُملَةِ الواحدة لا يَتِمُّ إلّا بآخِرِه، وقد نافى آخِرُهُ أوّلَه، فيكونُ باطلاً، ولأصالة البَراءة. وهو مَذهبُ ابن الجُنَيْد[2] وابنِ البرّاج[3].

وما ارتَضاهُ المصنّفُ مَذْهَبُ الشيخِ نجمِ الدين[4]، ويَلوحُ من كلامِ الشيخ في المبسوطِ، ونَقلَ فيه قولاً عن بعضِ العُلماء: إنّ الإقرارَ للحَملِ باطلٌ إذا أُطلق[5]. فهنا أولى بـالبطلانِ. وهو ضعيفٌ؛ لأنّ تَملُّكَ الحملِ واقعٌ في الإرثِ والوصيّةِ، فكيفَ يُستبعدُ تَملُّكُه مع عمومِ جوازِ إقرارِ العاقلِ على نَفسِهِ[6]؟!

---

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٤٠٣.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣٤، المسألة ٢٣٧؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٣٤.

٣. المهذّب، ج ١، ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩.

٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٢٠.

٥. المبسوط، ج ٣، ص ١٤: إذا أقرّ رجل للحمل بدين في ذمّته أو عين في يده، لم يخل من إحدى ثلاثة أحوال: إمّا أنْ يعزوه إلى سبب صحيح أو سبب غير صحيح أو يطلق... وإذا أطلق فهل يصحّ أم لا قيل فيه قولان: أحدهما يصحّ والآخر لا يصحّ، والأوّل أقوى، وإنْ عزاه إلى سبب فاسد، مثل أن يقول: من معاملة بيني وبينه، أو جناية جنيتها عليه بقلع عين أو ضرس، بطل إقراره عند من قال: إذا أطلق بطل، ومن قال: يصحّ إذا أطلق، قال هاهنا: فيه قولان.

٦. تقدّم تخريجه في ص ١٤٣، الهامش ٢.

مُدَّةِ الحَمْلِ مَلِكَهُ، وإنْ سَقَطَ مَيِّتاً وأسندَه إلى الميراثِ رجع إلى الورثةِ، وإلى الوصيّةِ يرجع إلى ورثةِ الموصي، ولو أجمل طُولِبَ بالبيانِ، ولو وُلِدَ لأكثرَ مِنْ عَشَرَةٍ لم يَمْلِكْ. ولو كانا اثنين تساويا، ولو سقط أحدُهما ميّتاً فهو للآخرِ.

ولو أقرّ لميِّتٍ وقال: لا وارثَ له سِوى هذا أُلْزِمِ التسليمُ.

● ولو أقرّ لمسجدٍ أو لمقبرةٍ قُبِلَ إنْ أضافَ إلى الوقفِ، ولو أطلَقَ أو ذَكَرَ سبباً مُحالاً على إشكالٍ.

الثاني: أنْ لا يُكذِّبَ المُقَرُّ له، فلو كذّب لم يُسلَّم إليه، ويحفَظُه الحاكمُ أو يُبقِيه في يدِ المقرّ أمانةً.

قوله: «ولو أقرّ لِمَسجدٍ أو لِمَقبرَةٍ قُبِلَ إنْ أضافَ إلى الوقفِ، ولو أطلقَ أو ذكَرَ سبباً مُحالاً على إشكالٍ».

أقول: الإقرارُ لِلمَسجدِ أو لِلمَقبَرةِ في الحقيقةِ إقرارٌ للمسلمينَ، غايةُ ما في البابِ أنّه يُصرَفُ في مَصلَحَةٍ خاصَّةٍ من مصالحهم، وعند الإضافةِ إلى وَقفٍ وشبهِهِ يُنفذُ الإقرارُ.

والإشكالُ في ذكر السببِ المُحالِ يُعرفُ ممّا قَبله، وربما تُرجَّحُ هناكَ الصحّةُ ـ كما رجَّحَهُ المصنِّفُ ـ لأنّ الإقرارَ لمن يَملِكُ من الآدميّينَ بخلاف المَسجدِ والمَقبرة ؛ لانتفاءِ الملكِ عنهما.

أمّا إذا أطلقَ في المَسجدِ والمَقبَرةِ ففيه أيضاً الإشكالُ من وجهٍ آخرَ، وهو أنّ ظاهرَ هذا الإقرار الفَسادُ من حيث انتفاءِ الملكِ عَنهما، وإنّما جوَّزناهُ لأجلِ ذكرِ السبَبِ المحتملِ كالوَقفِ. ومن أنّه يَجبُ حَملُ كلامِ العاقلِ على الصحّةِ، فلا يُلغى إلّا مع تعذُّر حملِهِ على وجهٍ، وهنا قد أمكنَ ذلكَ.

والحقُّ أنّه لافرق بين المسألتينِ في هذا المقامِ ويُعرَفُ من تَوَجُّهِ الإشكال في الإطلاق هنا تَوَجُّهه في الإطلاق في الحَملِ، والمصنِّفُ سَوّى بينهما في القواعدِ[1].

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٦ ـ ٤١٧.

ولو رجع المُقَرُّ له عن الإنكارِ سُلِّم إليه، ● ولو رجع المـقِرُّ فـي حـالِ إنكـارِ المُقَرِّ له فالوجهُ عدم القبولِ ؛ لأنّه أثبتَ الحقَّ لغيرِه، بخلاف المقَرِّله، فإنّه اقْتصر على الإنكارِ.

ولو قال: هذا لأحدِهما أُلزِمَ البيانُ، فإنْ عيَّن قُبِل وللآخَـرِ إحـلافُه، ولو أقـرَّ للآخَرِ غَرِم، ولو قال: لاأعلمُ حَلَف لَهما وكانا خصمَين.

قوله ﷺ: «ولو رَجَع المُقِرُّ في حالِ إنكار المُقَرّ له، فالوجهُ عدمُ القبول ؛ لأنّه أثبتَ الحقَّ لغيره، بخلاف المُقَرّ له، فإنّه اقتصرَ على الإنكارِ».

أقول: أمّا وجهُ عَدَمِ القبولِ في الأوّلِ فلأنّه أقرَّ بالحقِّ لغيرِه، وإقرارُ العُقلاءِ على أنفسهم جائزٌ [١]، فلو صحَّ رجوعُه لزم دخولُ الشيء الواحدِ في ملكِ شخصَينِ في زمانٍ واحدٍ من غيرِ شركةٍ وهو مُحالٌ.

ويُحتمَلُ ضَعيفاً جوازُ رجوعِه ؛ لأنّه لم يدخُل في مِلكِ المُقَرّ له ظاهراً، فحينئذٍ لامُنازِعَ فيه، فيُقبلُ إقرارُ ذي اليدِ بتملُّكِهِ ؛ لعدمِ المنازِع، ووجهُ ضَعفِهِ أنّا نُسَلِّم عدمَ دخولِه في الظاهرِ لكن اعترافُ المُقِرِّ بتملُّكِهِ يُنافي رُجوعَه.

وأمّا الثاني ـ وهو جواز رجوع المقرّ له ـ فلأنّه لم يُوجَدْ منه المنافي ؛ إذ إنكاره لتملُّكِهِ لا يَقتَضي رفعَ تَملُّكِهِ في نفسِ الأمرِ. وفيه نظرٌ ؛ فإنّ المانعَ مِنَ الحُكمِ بـتملُّكِهِ ليس عـدمَ المُنافاةِ في نفسِ الأمرِ ؛ بل لِتناقُضِ كلامَيهِ، وليس أحدُهُما أولى بالاتّباعِ من الآخَرِ.

فحينئذٍ يتوقّفُ الحاكمُ، ثمّ إنْ قُلنا بقبولِ رجوعِ المُقِرِّ، أبقاها الحاكمُ في يدِهِ ؛ لأصالةِ بقاء يدِهِ ؛ ولإمكانِ أنْ يَدَّعِيها فيثبت تَملُّكُها له، وإنْ لم نقُلْ به ففي انتزاعِها منهُ وجهانِ:

[الأوّلُ]: نَعَمْ ؛ لأنّه نَفى المِلكَ عن نفسِه وعزاهُ إلى غَيرِه، والحاكمُ وليُّ الغَيرِ.

والثاني: لا ؛ لأنّ القابِضَ له أهليّةُ الإمساكِ، والظاهرُ أنّه ليس ظـالِماً ؛ لأصـالةِ صـحّةِ تَصرُّفِ المسلمِ فتبقى يدُه على ما كانَتْ عليه ؛ لأصالةِ بقاءِ حقِّ الإمساك، ومع ذلكَ لو رأى الحاكمُ صَلاحاً في أحدِ الأمرَينِ فَعَلَ.

---

١. تقدّم تخريجه في ص ١٤٣، الهامش ٢.

● ولو أنكر إقرارَ العبدِ قال الشيخُ: عَتَقَ، ولَيس بجيّدٍ.

قوله ﷺ: «ولو أنكر إقرارَ العبدِ قال الشيخ: عَتَقَ، وليس بجيّدٍ».

أقول: يُريدُ لو أقرَّ ذُو اليَدِ لغيره بعبدٍ، فأنكر المُقَرُّ له مِلكيّةَ العبدِ. وهذه المسألة من مسائلِ إنكار المُقرِّ له كالتي قَبلَها، ولها حكمٌ تختصُّ به، وقد اختُلِفَ فيها، فقال الشيخُ ﷺ:

> يَنعَتِقُ العبد؛ إذ ليس له مالكٌ ولا يَدَّعيهِ أحدٌ؛ لاعترافِ المقرِّ بأنّه ليس له، والمَقرُّ له يُنكِرُ تملّكَهُ، والأصل عَدَمُ مالكٍ غيرِهما، والعبدُ ليس له أهليّة الإقرار. وكُلُّ ما كان كذلك فليسَ لأحدٍ عليه عُلقةٌ، والجَمعُ بين انتفاءِ العُلقةِ وثبوت الرقّيّةِ مُحالٌ؛ ولأنّ الحُرّيّةَ أصلٌ في الآدمي، والرقّيّةَ فرعٌ ولم يثبُتْ هنا رقٌّ لأحدهما؛ فيغلِبُ الأصلُ [١].

وتَبِعهُ ابنُ البرّاج ﷺ [٢].

قال المصنّف ﷺ: «وليس بِجَيّدٍ»؛ لثبوتِ رقّيّتِه ظاهراً فلا يَزولُ إلّا بأحدِ الأسبابِ المُحرِّرة.

قوله: «الجمعُ بينَ انتفاءِ العُلقةِ وثبوت الرقّيّة مُحال» [٣].

قلنا: إنْ أردتَ بانتفاءِ العُلقةِ انتفاءَها في نفسِ الأمرِ فَمُسلَّمٌ، لكن نمنعُ انتفاءَها في نفس الأمر هنا؛ لأنّ إنكار الإنسان تَملُّكَ ماهومالُه في نفس الأمرِ لا يقتضي خروجَه عن مِلكه، كما مَرّ في المسألة السالفة.

وإنْ أردتَ بها انتفاءَها ظاهراً فلا نُسلّم استحالةَ الجَمعِ؛ إذ يجوز انتفاؤها ظاهراً مع بقاء الرقّيّةِ في نفسِ الأمرِ.

والحاصلُ: أنّ المنافاةَ بَينهما في نَفس الأمرِ لافي الظاهرِ، فحينئذٍ يبقى على الرقّيّةِ المجهولةِ المالكِ إلى أنْ يَتعيّنَ المالكُ.

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٢٢ ـ ٢٣: إذا كان في يده عبدٌ فأقرّ به لزيدٍ وصدّقه زيدٌ على إقراره... . هذا إذا صدّق السيّد المقرّ له. فأمّا إذا كذّب السيّد فهل يبقى العبد على رقّه أو يعتق؛ فيه وجهان، أحدهما أنّه يعتق لأنّ الذي كان في يده أقرّ بأنّه ليس له، والذي أقرّ له به قد أنكر. وإقرار العبد ماصحّ، فما ثبت عليه ملكٌ لأحدٍ.

٢. المهذّب، ج ١، ص ٤١١.

٣. يعني الشيخ في المبسوط. ولم نجد هذا الاستدلال فيه، وقال العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٢٥٣ بعد نقل كلام الشيخ عن المبسوط: وزاد له الجماعة... والجمع بين انتفاء العلقة وثبوت الرقّيّة مُحالٌ وبأنّ الحريّة أصلٌ في الآدمي؛ ولمزيد التوضيح راجع جامع المقاصد، ج ٩، ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

الثالثُ: الصيغةُ، وهي اللفظُ الدالُّ على الإخبارِ عن حقٍّ سابقٍ ـ مِثْلُ: «له عليَّ»، أو «عندي» أو «في ذِمَّتي» ـ بالعربيّةِ وغيرِها.

وشرطُها التَّنْجيزُ، فلو قال: «لك عليَّ كذا إن شئتُ»، أو «إنْ قَدِم زيدٌ»، أو «إنْ شاءَ الله»، أو «إنْ شَهِد» لم يَلزم ● ولو قال: «إنْ شَهِدَ فهو صادقٌ» لَزِمه في الحال وإنْ لم يَشهَدْ.

وقال المصنّفُ: «يُحتمَلُ الحُرِّيّةُ إنِ ادّعاها العبدُ»[1]، لأنّه لامُنازِعَ له حينئذٍ في دعواهُ. والشيخُ فَرَضَ المسألةَ مع إقرارِ العبد بالرقِّ لآخرَ وصدَّقهُ[2]، فلا يُمكنُ حينئذٍ دعواهُ الحرِّيّةَ.

قوله ﷺ: «ولو قال: إنْ شهدَ فهو صادقٌ لَزِمَهُ في الحالِ وإنْ لم يَشهَدْ».

أقول: هذه المسألةُ ممّا يَتوقّفُ فيها الطَّلَبَةُ؛ لظنِّهم أنّ استثناءَ نقيضِ المُقدَّمِ يُنتِجُ نَقيضَ التالي، فيكونُ التقديرُ: لكنّهُ لم يَشهَدْ، فلا يكونُ صادقاً. وهذا خطأٌ؛ لأنّه عقيمٌ، ووجهُ اللزوم أنّه حَكَمَ بِصِدقِهِ على تقديرِ شهادتِهِ، وليس لشهادتِهِ تأثيرٌ في ثُبوتِ الصِدقِ ولا عَدَمِه، بل لولا حصولُ الصدقِ عند المُقِرِّ لَما عَلَّقهُ على الشهادةِ؛ إذ يستحيلُ أنْ تجعلَهُ الشهادةُ صادقاً وليس بصادقٍ، وإذا لم يكن للشهادةِ تأثيرٌ في تحصيلِ الصدقِ ـ وقد حَكَمَ بـه ـ وجب أنْ يلزمَهُ المالُ وإنْ لم يَشهَدْ أو أنكرَ الشهادةَ. وهذا بخلافِ ما لو قال: «إنْ شـهدَ فـلانٌ عـليَّ صَدَّقتُهُ» فإنّه قد يصدق الكاذبُ، أمّا في الأُولى فلا فـرقَ بـين أنْ يـقولَ: «فـهو حـقٌّ» أو «صِدقٌ»، أو «لازمٌ لِذمّتي» ونحوه.

وقيل في توجيه الأُولى: إنّه يُصدقُ كُلّما لم يكن المالُ ثابتاً في ذمّتِهِ لم يكن صادقاً على تقديرِ الشهادةِ، وينعكسُ بعكسِ النقيضِ إلى قولنا: «كُلّما كان صادقاً على تقديرِ الشهادةِ، كان المالُ ثابتاً في ذمّتِهِ» لكنّ المقدَّمَ حقٌّ بإقرارِ العُقلاءِ على أنفسِهم جائزٌ[3]، فالتالي مثلُهُ[4].

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١٧.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٢٢.

٣. تقدّم تخريجه في ص١٤٣، الهامش ٢.

٤. لم نعثر على قائل به في كتب المتقدّمين على الشهيد، ومن المتأخّرين عنه أورده المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٨٩؛ والعاملي في مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٢١٥.

ولو قال: عليَّ ألفٌ إذا جاءَ رأسُ الشهرِ أو بالعكسِ صَحَّ إنْ قَصدَ الأجلَ لا التعليقَ.

ولو قال المدَّعِي: «لي عليك ألفٌ»، فقال: «رَدَدْتُها» أو «قضيتُها» أو «نَعَمْ» أو «أجَلْ» أو «بَلى» أو «صدقتَ» أو «لستُ منكراً له» أو «أنا مُقرٌّ به» أُلزِمَ.

ولو قال: «زِنْها» أو «خُذْها» أو «أنا مُقِرٌّ» ولم يَقُل: «به» أو «أنا أُقِرُّ بها» لم يكُن إقراراً.

● ولو قال: «أليس لي عليك؟» فقال: «بَلى» فهو إقرارٌ، وكذا «نَعَم» على إشكالٍ.

واعْلَمْ أنّ الشيخَ ﷺ في المبسوطِ ذكَرَ هذه المسألَةَ وأفتى بها [١]، وتَبِعَهُ جَماعةٌ [٢]. ولا يخلو عن إشكالٍ؛ لأنّ تعليقَ الصدقِ على شَهادَتِهِ يُوجِبُ توقّفَه على شهادَتِهِ؛ ضرورة التعليق. وشهادته وإنْ كانت ممكنةً في نفس الأمرِ، فإنّها قد تكون ممتنعةً بالنظرِ إلى المُقِرّ. والمُعلَّقُ على المُمتَنِعِ مُمتَنِعٌ، مع اعتضادِهِ بأصالةِ البَراءة، ولعلَّ هذا أقوى. ولأنّ التعليقَ مُبطِلٌ للإقرارِ وإنْ كان المُعلَّقُ عليه مُمكناً؛ لأنّ الواجبَ لا يَقبلُ التَعليقَ، هكذا صَرَّح به الشيخُ [٣]. ولو كانَ لإمكانِ الشهادةِ مَدخلٌ في الثبوتِ لم يكن فرقٌ بين التعليقاتِ، مع كونها ممكنةً؛ ولأنّ لفظةَ «فَهوَ صادقٌ» في قوّةِ «فلهُ عَليّ»، وهذه العبارةُ لا تلزمُ، فكذا الأُخرى.

قوله ﷺ: «ولو قال: «أليس لي عليك؟» فقال: «بلى» فهو إقرارٌ، وكذا «نَعَمْ» على إشكالٍ».

أقول: منشأ الإشكال مِن تَعارُضِ اللُغةِ والعرفِ؛ إذ صَناعةُ العربيّةِ قاضيةٌ بأنّ «نَعَمْ» إنْ وقعت في جواب الاستفهام عن الماضي فهي إثباتٌ، وعن الآتي فهي عِدَةٌ، وفي جواب الخبرِ تَصديقٌ، وفي جواب التقريرِ ـ كصورةِ الفرضِ ـ كان نَفياً للمذكورِ ـ على تقديرِ حذف الاستفهام [٤] ـ ولهذا قال العلماء: إنّ المخاطَبينَ بقوله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ﴾ [٥]،

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٢٢.

٢. كالمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١١٠؛ وابن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٣٤٠؛ والعلّامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤١١؛ وتحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٤١٦.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٢٢.

٤. راجع مغني اللبيب، ج ١، ص ٦٥٠ ـ ٦٥٢.

٥. الأعراف (٧): ١٧٢.

ولو قال: «اشتريتَ مِنّي» أوِ «اسْتوهبتَ» فقال: «نَعَم» أو «مَلَّكْتُ هذه الدارَ مِنْ فلانٍ» أو «غَصبتُها منه» فهو إقرارٌ، بخلاف «تملّكتُها على يَده» ولو قال: «بِعتُك أباك» فإذا حَلَف الوَلدُ عَتَق المملوكُ ولا ثمنَ.

الرابع: المقَرُّ به، وفيه بحثان:

[البحثُ] الأوَّل في الإقرار بالمال

ولا يُشترطُ كونُه معلوماً، فلو أقرّ بالمجهولِ صحَّ، ولا أنْ يكونَ مملوكاً للمقِرّ، بل لو كانَ مملوكاً له بَطَل، كما لو قال: «داري لفلانٍ» أو «مالي».

ولو شَهِدَ الشاهدُ بأنّه أقرَّ له بدارٍ كانت ملكَه إلى حينِ الإقرارِ بَطَلَتِ الشهادةُ. ولو قال: «هذه الدارُ لفلانٍ وكانتْ مِلكي إلى وقتِ الإقرارِ» أُخِذ بأوّلِ كلامِه.

لو قالوا: «نعم» لكفروا [1]، فعلى هذا يكونُ التقديرُ «ليسَ لَكَ عليَّ» فلا يكونُ إقراراً بل إنكاراً، بخلاف «بلى» فإنّه ردٌّ للكلامِ الأوّلِ، بمعنى أنّه نفيٌ له، ونَفيُ النَفيِ إثباتٌ، قال الكوفيّون: وإنّما كان كذلك؛ لأنّ أصل «بلى» «بل لا».

وأمّا العرفُ فيُستعملُ فيه «نَعَمْ» في جوابِ الإثباتِ والنفي، وكذا «بلى» ـ والأوّلُ ظاهرُ مذهبِ الشيخ ﵀ في المبسوطِ [2] ـ على أنّ بعضَ الأُدباء جوَّز إيقاعَ «نَعَمْ» هنا، قال: لأنّ النفيَ المقرَّر بالهمزة في قوّةِ الإيجابِ، فلو قيل في جواب قوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَشْرَحْ لَكَ صَدْرَكَ﴾ [3]: نَعَمْ، لكانَ صحيحاً، ولهم على ذلك شواهدُ شِعريّة.

وأُجيبَ عنهُ بأنّ الجوابَ هنا إنّما احتيج إليه لمكانِ النفي اللفظي، ولو زالَ عنهُ معنىَ النفي استغنى عن الجواب؛ لأنّه يصير في قوّة «شَرَحنا لكَ صدرك» [4].

---

١. في مغني اللبيب، ج ١، ص ٢٢٣ و ٦٥١؛ وشرح الكافية، ج ٢، ص ٣٨٢؛ وتفسير الجامع لأحكام القرآن، ج ٢، ص ١٠، نُسِب هذا القولُ إلى ابن عبّاس.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٢.

٣. الانشراح (٩٤): ١.

٤. راجع شرح الكافية، ج ٢، ص ٣٨٢.

ويُشترَطُ كونُ المُقَرِّ به تحتَ يدِه، فلو أقرَّ بحُرّيَّةِ عبدِ غيرِه لم يُقبل، فلوِ اشْتراه كان فداءً منْ جِهَتِهِ، وبَيْعاً مِنْ جِهَةِ البائعِ، ولا يثبتُ فيه خيارُ الشرطِ والمجلسِ، ثمّ يُحْكَمُ بالعتقِ على المشتَري، فإنْ ماتَ العبدُ ولا وارثَ له وله كسبٌ أخذ المشتَري الثمنَ.

ولو قال: «له في ميراثِ أبي» أو «مِنْ ميراثِ أبي» أو «في هذه الدارِ مائةٌ» فهو إقرارٌ، بخلاف «له في ميراثي مِنْ أبي» أو «مِنْ ميراثي مِنْ أبـي» أو «فـي داري هذه» أو «في مالي».

ولو قال ـ في هذه المسائلِ ـ: «بحقٍّ واجبٍ» أو «بسببٍ صحيحٍ» ونحوِه صحّ.

ولو قال: «لفلانٍ عليَّ شيءٌ» أو «مالٌ» قُبِل تفسيرُه بأقلّ مايُتَموَّلُ، ولا يُـقْبل بـ«الحَبَّةِ مِنَ الحِنْطَةِ» ولا «بكَلْبِ الهِراشِ» و«لا السِرجينِ وجِلْدِ الميتَةِ والخمرِ والخنزيرِ» و«لا ردِّ السلامِ والعِيادَةِ». ولو لم يُفَسِّر حُبِس حتّى يُفَسِّرَ، فلو فَسَّـر بـ«درهمٍ» فقال المدَّعي: «أردتَ عشرةً» لم تُقبل دعوى الإرادةِ، بل له أنْ يَدَّعِيَ العشرَة، فيقدَّمُ قولُ المقرِّ، ولو فَسَّر بـ«المستولدةِ» قُبِل.

ولو قال: «مالٌ عظيمٌ» أو «نفيسٌ» أو «جليلٌ» أو «كثير» أو «خطيرٌ» أو «مالٌ أيُّ مالٍ» قُبِل تفسيرُه بالأقلّ.

ولو قالَ: «أكثرَ ممّا لفلانٍ» أُلزِم بقدرِه وزيادةٍ، ويرجعُ فيها إليه، ويُصدَّقُ لَوِ ادَّعى ظنَّ القِلَّةِ، أوِ ادَّعى إرادةَ أنّ الدَيْنَ أكثرُ بقاءً مِنَ العينِ، أو أنّ الحلالَ أكثرُ بقاءً من الحرامِ.

● ولو قال: «كذا درهماً» فعشرونَ، ولو جَرَّ فمائةٌ، ولو رَفَع فدرهمٌ.

قوله ﷺ: «ولو قال: «كذا درهماً» فعشرونَ، ولو جَرَّ فمائةٌ، ولو رَفَعَ فدرهمٌ، ولو قال: «كذا كذا درهماً» فأحدَ عشرَ، و«كذا وكذا درهماً» فأحدٌ وعشرونَ».

أقول: هذا اختيارُ الشيخِ ﷺ [1]، وتَبِعهُ عليه جَماعةٌ من الأصحابِ [2]. وخالفَ ابنُ إدريسَ [3]

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ١٣؛ الخلاف، ج ٣، ص ٣٦٥ـ٣٦٧، المسألة ٨ـ١١.

٢. منهم ابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٢٧٣؛ والعلّامة في تبصرة المتعلّمين، ص ١٢١.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٥٠٣.

ولو قال: «كذا كذا درهماً» فأحدَ عَشَرَ، و«كذا وكذا درهماً» أحدٌ وعشـرون إنْ عَرَفَ.

ونجمُ الدين في ذلك، وأوجبا في جميع الصُوَرِ درهماً إلّا في صورة الجرّ [١]؛ فإنّه يقبل التفسيرَ ببعضِ درهمٍ أو بعضِ بعضِهِ، وللعامّةِ المذهبان [٢].

ووجهُ ما اختاره الشيخُ موافقةُ العربيّة؛ فإنّ في المسألة الأُولى أقلَّ عدد مفردٍ ويـفسَّرُ بمفردٍ منصوبٍ عشرون؛ إذ ذلك أيضاً ثلاثونَ وأربعونَ إلى تسعينَ، فالمتيقّن عشرونَ فيلزمه العشرون. وعلى القول الآخر بنصب الدرهمِ على التمييزِ. وسمّاهُ بعضهم القطع [٣].

وأمّا الثانية: فلأنّ أقلَّ عددٍ مفرد يُفسَّر بمفردٍ مجرورٍ مائةٌ؛ إذ فوقه الألف، فتُحملُ على المائة عملاً بالمتيقّنِ. وردَّهُ شيخُنا نجمُ الدين بأنّ الجرَّ يحصُل بعد الجرّ من الدرهمِ، مثل نصفِ درهمٍ وثُلثِ درهمٍ، فلا يجوزُ حملهُ على المائة [٤]؛ إذ المتيقّن هو بعضُ الدرهمِ. قيل هنا: إنْ كان لفظُ «كذا»، كنايةً عن الشيء فهذا هو الحقُّ، وإنْ كان كنايةً عن العددِ فـالمائة هو الحقُّ [٥].

وأمّا الثالثة: فلأنّه أبدلَ «الدرهم» من «الشيءِ»، فيكون التقدير هكذا «له شيء درهم».

وأمّا الرابعة: فلأنّ أقلَّ عددٍ مركّبٍ مع غيره يُنصبُ بعدَهُ مفردٌ «أحدَ عشرَ» إذ هو اثنا عشر إلى تسعة عشر، فالمتيقَّنُ هنا هو «أحدَ عشرَ».

وأمّا الخامسة: فلأنّ أقلَّ عددينِ عُطِف أحدُهما على الآخر وفُسِّـرَ بـمنصوبٍ «أحـدٌ وعشرونَ» إذ هو أيضاً اثنانِ وعشرونَ إلى تسعة وتسعينَ، فيقتصرُ على «أحدٍ وعشـرينَ» عملاً بالمتيقّنِ. ولو رفعَ في هذه لزمَه درهمٌ، وكذا لو رفعَ في «كذا كذا»، ولو جرّ في «كذا

---

١. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١١٤.

٢. حكاه عنهم في المغني، ابن قدامة، ج ٥، ص ٣١٩ـ ٣٢٠، المسألة ٣٨٧٠؛ الشرح الكبير، ج ٥، ص ٣٤٣ ـ ٣٤٤.

٣. حكى عن الكوفيّين العلّامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٣١٣، المسألة ٩٠٢؛ وحكى عـن بـعض النـحويّين فخر الدين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٤٢ حيث قال: وقال بعض النحويّين: هو منصوبٌ على القطع.

٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١١٤.

٥. القائل هو الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٣١٦.

ويُرجعُ الإطلاقُ إلى نَقدِ البلدِ ووزنِه وكيلِه، ومع التعدُّدِ إلى مـايفسّره ويُـقبَلُ تفسيرُه بغيرِه، ويُحمل الجمعُ على أقلِّه وهو الثلاثةُ وإنْ كانَ جمعَ كَثْرةٍ.

ولو قال: «مِنْ واحدٍ إلى عَشَرةٍ» فتسعةٌ، ولو قال: «درهمٌ في عشرةٍ» ولم يُرِدِ الحسابَ فواحدٌ.

والإقرارُ بالظرفِ ليس إقراراً بالمظروفِ، وبالعكسِ.

كذا» احتملَ على قولِ الشيخ ثلاثمائة درهمٍ وعلى قولهما [١] جزء جزءِ درهمٍ، ولو جرَّ في «كذا وكذا» احتُمل على قول الشيخ أنْ يكون ألفا ومائة درهمٍ، وعلى قولهما يلزمه شيءٌ وجزءُ درهمٍ.

وفي المختلفِ: مذهبُ الشيخ يتمُّ إذا كان القائلُ من أهل اللسانِ وإلّا فلا [٢].

قلت: إنْ عنى بكونهِ من أهل اللسان كونَه عربيّاً فلاثمرةَ له؛ وإنْ عنى بِهِ كـونَه نـحويّاً ـ وهوظاهرُ كلامه ـ فلمانعٍ أنْ يمنعَ اللزوم؛ لأصالة البراءة القطعيّة، واحتمالِ الرفع البـدلَ، والنصب التمييزَ، والجرّ الإضافة للبعضِ. ولا يخرج بذلك عنْ كونهِ نحويّاً. أمّا لو ثبتَ أنّ هذا اللفظَ موضوعٌ لهذِه المعاني تواتراً أو آحاداً عن أهلِ اللُغةِ لَما أمكن ذلك مع احتمالِ عدمه أيضاً؛ لأنّ الوضعَ ـ وإنْ تحقّق ـ فقد استُعملَ في غيره استعمالاً مشهوراً، ويَـعضُدهُ أصـالةُ البراءة المذكورة.

قيل: لو كانت هذه المُقابَلات صحيحةً لكان إذا قال: «لهُ كذا درهمٍ صحيحٍ» لزمه مائةٌ، وليس كذلك اتّفاقاً [٣].

ويُردُّ منع الاتّفاق أوّلاً، والخروجُ عن الفرضِ ثانياً، وجائزٌ أنْ يكونَ الوصـف بـالمفردِ قرينةً مُخرِجةً له عن المائة؛ إذ مجازهُ صَحاحٌ، فإنْ صحَّ هذا، وإلّا مُنِعَ حُكم الأصل وأُلزِمَ بالمائةِ في الموضعين.

---

١. هما ابن إدريس ونجم الدين.

٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٢٨، المسألة ٢٢٦.

٣. إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٤٣: لو قال: «كذا درهمٍ صحيحٍ» بالجرّ لم يلزمه مائة باتّفاق الكلّ؛ ولمزيد التوضيح راجع تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٣١٤، المسألة ٩٠٢.

● ولو قال: «له هذه الجاريةُ» فجاء بها حامِلاً، فالحملُ له على إشكالٍ.

قولُه ﷺ: «ولو قال: «له هذه الجاريةُ» فجاء بها حاملاً، فالحملُ له على إشكالٍ».

أقولُ: مبناهُ على قواعدَ:

الأُولى: أنّ الإقرارَ بالظرفِ هل يتناول المظروفَ؟ الوجهُ لا؛ لعدم دَلالَتِهِ عليهِ بإحدَى الدلالاتِ.

الثانية: هل حُكمُ الجَنينِ هنا حُكمُ المظروفِ؟ يَحتملُه؛ لانفصاله عنها، وإفرادُ كلٍّ بأسمٍ. وعدَمُهُ؛ نظراً إلى حالِ الاتّصالِ، وعدمِ الاستقلال، فهو كعضوٍ منها.

الثالثة: هل هو داخلٌ في المعاوَضَةِ والعِتقِ والتدبيرِ أم لا؟ وهذه مسألةٌ خلافيّة بين الأصحاب. فالشيخُ[١] وجَماعةٌ على الأوّلِ[٢]، والمأخذُ في البَيعِ ما ذكرناه، وفي الباقي رواياتٌ[٣].

فعلى دخوله في المعاوضةِ والباقيينِ يَدخلُ هنا، ولا يَصحُّ استثناؤه؛ لوجود المعنى المقتضي في الإقرار. وعلى العدمِ فالأقوى العدم هنا؛ لانتفاءِ تأثيرِ ذلك المعنى فيها.

ويُحتَملُ اللحوقُ هنا؛ لأنّ الإقرارَ إخبارٌ عن سبقِ المِلك، والأصلُ عدمُ ملكِ غيرِ المُقَرِّ له. فالعَلوقُ تحقَّق في ملكه، فيحكم به له.

وفيه نظرٌ؛ فإنّ من ضروراتِ الإقرار السبقَ بزمانٍ مّا لا بزمانِ الحملِ. وقد تلخَّصَ من ذلك منشأ الإشكال، ولا يقتضي ذلك رجوعاً من المصنِّفِ عن الجزم بأنّ الحملَ ليس تابعاً في البيعِ والعتقِ والتدبيرِ.

---

١. هو قوله في بَيع المبسوط، ج ٢، ص ١٥٦؛ وعتقه ج ٦، ص ٦٥؛ وقال في النهاية، ص ٥٥٢ باب التدبير: وإذا دبّر الرجل جاريةً وهي حُبلى، فإنْ علم بذلك كان ما في بطنها بمنزلتها يكون مدبّراً وقد أفتى بخلاف ذلك في النهاية، ص ٤٠٩؛ وفي المبسوط، ج ٦، ص ١٧٨، باب التدبير؛ وللمزيد راجع إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٣٩؛ و ج ٣، ص ٥٠٠ و ٥٤٩؛ ومفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٣٥.

٢. منهم القاضي في المهذّب، ج ٢، ص ٣٦١ و ٣٨٦؛ وجواهر الفقه، ص ٦٠، المسألة ٢٢١؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٤٨؛ وحكاه عن ابن الجنيد العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٣٩، المسألة ٢٠٩؛ وفي ج ٨، ص ٩٤، المسألة ٤٥؛ وولده فخر الدين في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٣٩؛ و ج ٣، ص ٥٤٩.

٣. راجع روايات العتق في الفقيه، ج ٣، ص ١٤٢، ح ٣٥٢٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٣٦، ح ٨٥٦؛ وروايات التدبير في الكافي، ج ٦، ص ١٨٤، باب المدبّر، ح ٥ ـ ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٥٩، ح ٩٤١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٢٩، ح ١٠١.

ولو قال: «له درهمٌ درهمٌ» أو «درهمٌ فوقَ درهمٍ» أو «مع درهمٍ» أو «تحتَ درهمٍ» أو «درهمٌ فدرهمٌ» فواحدٌ.

ولو قال: «درهمٌ و درهمٌ» أو «ثمَّ درهمٌ» فاثنان.

ولو قال: «درهمٌ و درهمٌ و درهمٌ» فثلاثةٌ، ولو قال: «أردتُ بالثالثِ تأكيدَ الثاني» قُبِل، ولو قال: «أردتُ تأكيدَ الأوّلِ» لم يُقْبل.

ولو كرّر الإقرارَ في وقتينِ فهما واحدٌ، إلّا أنْ يُضيفَ إلى سببَينِ مختلفينِ، ولو أضاف أحدَهما حُمِل المطلقُ عليه. ويدخلُ الأقلُّ تحتَ الأكثرِ.

ولو قال: «له عبد عليهِ عِمامَةٌ» فهو إقرارٌ بهما، بخلافِ «دابّةٌ عليها سَرْجٌ».

ولو قال: «ألفٌ ودرهمٌ» رجع في تفسيرِ الألفِ إليه.

ولو قال: «خمسةَ عَشَرَ درهماً» أو «ألفٌ ومائةٌ وخَمْسةٌ وعشرونَ درهماً» أو «ألفٌ ومائةُ درهمٍ» أو «ألفٌ وثلاثةُ دراهمَ» فالجميعُ دراهمُ.

ولو قال: «درهمٌ ونصفٌ» رجع في تفسيرِ النصفِ إليه.

ولو قال: «له هذا الثوبُ أو العبدُ» فإنْ عَيَّن قُبِل، ولو أنكر المقرُّ له حَلف، وَانْتزعَ الحاكمُ ما أقرَّ به أو جعله أمانةً.

ولو قال: «له في هذه الدارِ مائةٌ» رجع في تفسيرِ «المائةِ» إليه.

والإقرارُ بالولدِ ليس إقراراً بزوجيّةِ الأُمِّ.

والضمير في «له» في الموضعينِ يعودُ على «المُقَرّ له» مع إمكان عودِ الأخيرِ إلى «المُقِرّ» ولا يتغيَّر التوجيه بذلك؛ لكن يبقى الطرفُ الآخر فيه إشمامُ الضعفِ عند المصنِّفِ كما هو معتادُهُ.

واعْلَمْ أنّه لافرق بين المُعيّنةِ والمُطلقةِ هنا فيما يرجع إلى الحَملِ؛ وكذا الكلامُ في مسألة الخَاتَم والفَصّ. ورجَّحَ في القواعد دخولَ الفَصِّ لا الحملِ [1]؛ ولعلَّه نَظَرَ إلى شمولِ اسْمِ «الخاتم» لِفَصِّه عرفاً عامّاً؛ للملازمة بينهما في الوجودِ غالباً، بخلاف الحمل.

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٢٤.

البحث الثاني في الإقرار بالنسب

ويُشْتَرَطُ فيه أهليّةُ المقرِّ، وتصديقُ المُقَرِّ له إنْ كانَ غيرَ الابنِ أو كانَ ابناً بالغاً، وأن لا يُكَذِّبَه الحسُّ ولا الشرعُ، ولا منازِعٌ في الإقرارِ بالولدِ، فلو أقرَّ بمَنْ هو أكبرُ سنّاً، أو بمشهورِ النسبِ، أو لم يُصَدِّقْه البالغُ، أو نازعَه آخرُ لم يُقبلْ.

ولَوِ اسْتلحَقَ مجهولاً بالغاً وصَدَّقهُ قُبِل، ولو كانَ صغيراً أُلحِقَ في الحالِ، ولا يُقبَلُ إنكارُه بعدَ بلوغه.

ولو أقرَّ ببُنُوَّةِ الميِّتِ قُبِلَ صغيراً كانَ أو كبيراً، ولا يُعتبرُ التصديقُ، وكذا لا يعتبرُ لو أقرّ ببُنُوَّةِ المجنون.

ولو أقرَّ بغيرِ الولدِ افْتقر إلى البيِّنَةِ أوِ التصديقِ، وإذا صَدَّقهُ توارثا، ولا يتعدّى التوارثُ، ولوكان له ورثةٌ مشهورون لم يُقْبل في النسب.

ولو أقرَّ ولدُ الميِّتِ بآخَرَ، ثمّ أقرّا بثالثٍ فأنكر الثالثُ الثاني فللثالثِ النصفُ، وللثاني السُدْسُ، وللأوَّلِ الثُلُثُ، ولو مات الثالثُ عن ابنٍ مُقرٍّ دَفع السُدْسَ إلى الثاني، ولو كانَ الأوّلانِ معلومَي النَسبِ لم يُلتفتْ إلى إنكارِ الثالثِ وكانَ المالُ أثلاثاً.

ولو أقرّتِ الزوجةُ بابنٍ، فإنْ صدّقها الإخوةُ فللولد سبعةُ الأثمانِ، وإلّا الثُمْنُ.

وكلُّ وارثٍ أقرَّ بأولى منه دَفَعَ ما في يده إليه، وإنْ كان مثلَه دَفع بنسبةِ نصيبِه.

ولا يثبت النسبُ إلّا بشهادةِ عدلَين.

● ولو شَهِد الأخوانِ بابنٍ للميِّتِ وكانا عدلَيْنِ ثَبتَ النسبُ والميراثُ ولا دَورَ، ولو كانا فاسقَيْنِ أخذَ الميراثَ ولم يَثْبُتِ النسب.

قوله ﷺ: «ولو شهدَ الأخوان بابْنٍ للميِّتِ وكانا عدلَينِ، ثبت النسبُ والميراثُ ولادَور».

أقول: حكى الشيخُ في المبسوط في هذه المسألةِ دَوراً؛ لكنّهُ صدَّرها بإقرارِ الأخوين، وحَكَمَ أنّه لا إشكال في ثبوتِ النسبِ. وأمّا الميراثُ فوجهُ الدَور فيه أنّ الابن لو وَرِثَ

ولو أقرّ باثنين أولى منه دفعةً، فصَدَّقه كُلٌّ عن نفسه لم يثبتِ النسبُ ويثبتُ الميراثُ وإنْ تناكرا بينَهما.

ولو أقرَّ بوارثٍ أولى منه، ثمّ بأولى منهما، فإنْ صدَّقه الأوّلُ دَفَع المالَ إلى الثاني، وإلّا إلى الأوّلِ وغَرِمَ للثاني.

ولو أقرَّ بمساوٍ للأوّلِ، فإنْ صدَّقه تشاركا، وإلّا غَرِمَ للثاني نصفَ التَرِكَةِ.

ولو أقرّ بزوجٍ لذاتِ الولدِ أعطاه رُبع نصيبِه، وإلّا النصفَ. فإنْ أقرّ بآخَر لم يُقبل، ولو أكذَب إقرارَهُ الأوّلَ أُغرِمَ للثاني.

ولو أقرَّ بزوجةٍ لذي الولدِ أعطاها الثُمنَ، وإلّا الرُبعَ. فإنْ أقرّ بثانيةٍ وكذّبتهُ الأُولى غَرِم نصفَ السهمِ، فإنْ أقرّ بثالثةٍ غَرِمَ لها ثُلُثَ السهمِ، فإنْ أقرّ برابعةٍ غَرِم الرُبُعَ، ولو أقرّ بهنّ دفعةً أو صدَّقَتْه كان السهمُ بينهُنَّ أرباعاً ولا غُرمَ، ولو أقرّ بخامسةٍ لم يُقْبَل؛ ولو أنكر إحدى مَنْ أقرّ بها لم يلتفت وغَرِم لها ربعَ الحصّة.

ولو وَلَدَتْ أمتُه فأقرَّ ببُنُوَّتِه لَحِقَ به إن لم يكنْ لها زوجٌ، ولو أقرّ بابنِ إحدى أمتَيْه وعَيَّنَهُ لَحِقَ به، فإنِ ادَّعتِ الأُخرى أنّ ولدَها المُقَرُّ به حَلَفَ لها، ولو مات قبلَ التعيينِ أو بعدَه وَاشتبه فالوجهُ القرعةُ.

لحجبَ الأخوينِ وخرجا عن كونِهما وارثينِ فحينئذٍ يَبْطلُ الإقرارُ بالنسب؛ إذ هو إقرارُ مَنْ ليس بوارثٍ، وإذا بطَلَ بطَلَ النسبُ، فيبطل الميراثُ، فيؤدّي ثبوتُ الميراث إلى نفيِه، وذلك دَورٌ، ثمّ قال: ولو قلنا: يثبت الميراثُ أيضاً لكان قويّاً؛ لأنّ النسب يثبت بشهادتهما لا بالإقرار [1]. فأشارَ إلى توجيهِ الدَورِ وإلى دَفعِه. والحقُّ انتفاؤه؛ إذ إقرارهما شهادةٌ في المعنى، فليس إلزامُهما من جِهة الإقرار بل من جِهةِ الشهادةِ، ولو سُلِّمَ أنّه من جهة الإقرار فلا منافاةَ عندنا أيضاً؛ لأنّ المعتبرَ بكونه وارثاً لولا الإقرار.

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٣٩.

● ولو أقرَّ لشخصٍ فأنكر المقرُّ له نَسَبَ المقِرِّ استحقَّ الجميعَ، وافتقر المقِرُّ إلى البيِّنةِ.

وإذا تعارفَ اثْنان بما يُوجبُ التوارثَ توَارَثا مع الجهلِ بنَسَبِهِما ولم يُكلَّفا البيِّنةَ.

المطلبُ الثاني في تعقيب الإقرار بالمنافي

إذا قال: «له عليَّ ألفٌ مِنْ ثمَنِ خمرٍ» أو «مَبيعٍ هلك قبلَ قبضِه» أو «ثـمَنِ مـبيعٍ لم أقبِضْهُ» أو «لا يَلزمني» أو «قضَيتُهُ» لزمهُ.

ولو قال: «مؤجَّلةٌ» أو «ابتَعْتُ بخيارٍ» أو «ضمنتُ بخيارٍ» افتقر في الوصـفِ إلى البيِّنةِ.

ولو قال: «ألفٌ ناقصةٌ» رجع إليه في تفسيرِ النقيصةِ، وكذا لو قال: «مَعِيبةٌ».

ولو قال: «له عليَّ ألفٌ» ثمَّ أحضَرها وقال: «هي وديعةٌ» قُـبِل، لأنّ التـعدّي

قوله ﷺ: «ولو أقرّ لشخصٍ فأنكر المُقَرُّ له نَسَبَ المُقِرِّ استحقَّ الجـميع، وافـتقر المُـقِرُّ إلى البيِّنة».

أقول: هذا محمولٌ على جَهالةِ نسبِ المُقِرِّ، وعلى كون المال في أيـديهما أو فـي يـد أحدِهما؛ إذ لو كان معلوماً لم يُلتفتْ إلى المنكِر، ولو كانَ في يد ثالثٍ لم يُلتفتْ إليهما مع تكذيبه إلّا بالبيِّنة. وإنّما استحقَّ الجميعَ؛ لأنّهما معاً تصادقا على نسبِ المُقَرِّ له، واختلفا في نسب المُقِرّ، وما تصادقا عليه أولى؛ لتحقّقه، بخلاف الآخرِ للشكِّ فيه.

ويُحتَملُ أنّه لا شيء للمُقَرِّ له؛ لاعترافه بأنّ من أقرّ له ليس بأهلٍ للإقرار.

ويُحتَملُ اشتراكُهما؛ نظراً إلى أنّ المُقِرّ إنّما يُحجبُ عمّا أقرّ به. وهذه الوجـوهُ حكـاها بعضٌ[١]، ولا يخفى ضَعفُ الأخيرين.

أمّا الأوّل: فإنّه لا يأخذ بالإقرار بزعمه إنّما يأخذُه بالنسبِ الذي لم ينازَعْ فيه.

وأمّا الثاني: فلأنّ استحقاقَ المُقِرِّ نصيبَهُ فرع ثبوتِ نَسَبِهِ ولم يثبت.

---

١. راجع تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٤٦٠، المسألة ١٠٠٢.

يُصيِّرُ الوديعةَ مضمونةً؛ وكذا لو قال: «لك في ذمَّتي ألفٌ» وأحضرَها وقال: «هي وديعةٌ وهذه بدلُها»؛ أمّا لو قال: «لك في ذمَّتي ألفٌ» وأحضرَها وقال: «هذه التي أقْرَرتُ بها كانت وديعةً» لم يُقْبَلْ.

ولو قال: «له قفيزُ حِنْطةٍ بل قفيزُ شَعيرٍ» لزمهُ القفيزانِ، ولو قال: «قفيزُ حنطةٍ بل قفيزانِ» لزمه اثنان.

ولو قال: «له هذا الدرهمُ بل هذا الدرهمُ» لزمه الاثنان، ولو قال: «له درهمٌ بل درهمٌ» لزمه درهمٌ.

ولو قال: «كان له عليَّ ألفٌ» لزمه، ولم تُقبل دعوى السقوطِ.

ولو أقرّ بما في يده لزيدٍ ثمّ قال: «بل لعمروٍ» لم يُقْبَلْ رجوعُه وغرم لعمروٍ؛ وكذا لو قال: «غَصَبْتُه منْ فلانٍ بل منْ فلانٍ».

ولو قال: «غصبتُه منْ فلانٍ وهو لفلانٍ» دفع إلى المغصوبِ منه ولاغُرْمَ، وكذا لو قال: «هذا لزيدٍ غصبتُه منْ عمروٍ» يُسلَّم إلى زيدٍ ولا غُرْمَ.

ولو قال: «له عندي وديعةٌ وقد هلَكتْ» لم يقبل ولو أتى بـ«كان» قُبِلَ، ولو قال: «له عشرةٌ لا بل تسعةٌ لزمه عشرةٌ».

ولو ادَّعى المواطأةَ في الإشهاد، فإنْ شهدتِ البيِّنةُ بالقبضِ لم يُلتفتْ إليه، وإلّا كان له الإحلاف.

● ولو قال: «له عشرةٌ إلّا درهماً» لزمه تسعةٌ، ولو رَفَع فعشرةٌ.

قوله ﷺ: «ولو قال: «له عشرةٌ إلّا درهماً» لزمه تسعةٌ، ولو رفعَ فعشرةٌ. ولوقال: «ما له عندي عشرةٌ إلّا درهمٌ» لزمه درهمٌ ولونصب لم يكن مُقِرّاً».

أقول: إنّما لزمه تسعةٌ في الصورة الأُولى؛ لأنّ حُكمَ ما بعدَ الاستثناء مخالفٌ لما قبله إذا كان الاستثناءُ على قانونِ العربيّةِ. فإذاكان ما قبله مُثبتاً فما بعده منفيٌّ، وبالعكس. ومنه يَظهرُ أنّه يلزمه في الصورة الثانية مع الرفعِ درهمٌ؛ إذ هي والأُولى على القانونِ الصحيحِ.

وأمّا إذا رفع في الصورة الأُولى، أعني قوله: «له عَليَّ عشرةٌ إلّا درهمٌ»، فهاهنا قد أُبدل

ولو قال: «ما لَه عندي عشرةٌ إلّا درهمٌ» لزمه درهمٌ، ولو نَصَبَ لم يكنْ مُقِرّاً.

ولو كَرَّر الاستثناءَ، فإنْ كانَ بحرفِ العطفِ أوكانَ الثاني مساوياً للأوّلِ أو زائداً رَجَعا إلى المستثنى منه، وحُكم عليه بما بعدَهما، وإلّا عاد الثاني إلى الأوّلِ ودخل تحتَ الإقرارِ.

● ولو قال: «له عليَّ عشرةٌ إلّا تسعةً إلّا ثمانيةً» وهكذا إلى الواحدِ لزمه خمسةٌ.

«الدرهمُ» من «العشرة»، فكأنّه قال: «لهُ عشرةُ دراهمَ»، والبدل موجبٌ للأكثرِ من المُبدَلِ والمُبدَلِ منه، فتلزمه العشرة؛ لأنّها الأكثرُ. والأقربُ عند النُحاةِ أنّه إنّما لزمهُ العشرة في هذه الصُورة [١]؛ لأنّ «إلّا» هنا بمعنى «غَير» فيكون حينئذٍ وصفاً؛ لأنّ «غير» نقيضُ «مِثْل» و«مِثْل» وصفٌ، والشيء يُحمَلُ على نقيضه، كما يُحمَلُ على نَظيره، فيكون التقدير «له عشرةٌ غَيرُ درهم» فقد وصفها بالمغايرة للدرهمِ ولم‌يستثن شيئاً منها، وعليه قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [٢]، أي غَيرُ اللهِ، وقول الشاعر:

وكُلُّ أخٍ مُفارِقُهُ أخُوهُ   لَعَمْرُ أبيكَ إلّا الفَرقَدانِ [٣]

أي غَيرُ الفَرقدينِ.

وأمّا أنّه إذا نصب في الصورة الثانيةِ، وقال: «ما له عَليَّ عشرةٌ إلّا دِرهماً»، فإنّما لم يلزمه شيءٌ أصلاً، لأنّه أدخلَ حرفَ النَفيِ، وهو «ما» على الجُملةِ الموجبةِ المشتملةِ على الاستثناء، وهي «له عَليَّ عشرةٌ إلّا درهماً»، فنفى ثبوتَ ذلك عن ذمّته، ومعناه أنّ المقدارَ الذي هو عشرةٌ إلّا درهماً، ليس له عليَّ، أي التسعة ليست له عليَّ، فلذلك لم يلزمه شيءٌ.

قوله ﷺ: «ولو قال: «له عليَّ عشرةٌ إلّا تسعةً إلّا ثمانيةً» وهكذا إلى الواحدِ لزمه خمسةٌ».

أقول: إنّما لزمه خمسةٌ؛ لما تَقرَّرَ من أنّ الاستثناءَ المُتكرِّر بغير حرف العطف، إذا كان أنقصَ من الأوّلِ أثبت منه بقَدْره؛ لما عَلِمتَ من أنّ الاستثناءَ من الإثباتِ نفيٌ، ومن النَفي

---

١. حكاه عن النحويّين ابن هشام في مغني اللبيب، ج ١، ص ١٤٩.

٢. الأنبياء (٢١): ٢٢.

٣. نسبه في لسان العرب، ج ١٥، ص ٤٣٢ إلى عمرو بن معديكرب؛ وانظر مغني اللبيب، ج ١، ص ١٥١ في الهامش.

ولو قال: «له هذه الدارُ والبيتُ لي» أو «إلّا البيتَ» قُبِل.

والاستثناءُ من الجنس حقيقةٌ، ومِنْ غيرِه مجازٌ.

فلو قال: «له ألفٌ إلّا درهماً» فالجميعُ دراهمُ، ويُصدَّق لو قال: «لم أُرِدِ المتَّصِلَ» فيطالَبُ بتفسيرِ «الألفِ» ويُقبل لو بقي بعدَ الاستثناءِ شيءٌ.

إثباتٌ؛ فبقوله «إلّا تسعةً» نُفِيَ اللازمُ واحداً من العشرةِ، وبالثاني عادت ثمانيةٌ إلى الواحدِ فصار تسعةً، وبالثالثِ نُفِي من المستثنى منه اثنانِ لازمانِ، وبالرابعِ صار ثمانيةً، وبالخامسِ نُفِيَ منه ثلاثةٌ، وبالسادسِ صار سبعةً، وبالسابعِ نُفِيَ أربعةٌ، وبالثامنِ صار ستّةً، وبالتاسعِ نُفِيَ خمسةٌ.

وضابِطُه: أنْ تُجْمَعَ الجُمَلُ المثبتة ويُنظرَ قَدرُها، وتُجْمَعَ الجُمَلُ المنفيّةُ فيسقُطُ قَدرُها من المثبتةِ، فالباقي هو المُقَرُّ به؛ ضرورة أنّ مجموعَ المنفيّاتِ مستثنى من مجموع المُثبتات، ولو عكس في هذه الصورة بأنْ قال: «له عليَّ عشرةٌ إلّا واحداً إلّا اثنين، إلّا ثلاثةً» وهكذا إلى التسعةِ لزمَه واحدٌ؛ لأنّ بالأوّلِ لزمَه تسعةٌ وبالثاني سبعةٌ وبالثالثِ أربعةٌ. وهذه الثلاثةُ كُلُّها منفيّاتٌ؛ إذ ليس الثاني منها أنقصَ من الأوّلِ، ومجموعها ستّةٌ فصارت كجملةٍ واحدةٍ، فبالرابعِ أُثبت منها أربعةٌ فصارَ المقَرُّبه ثمانيةً، وبالخامسِ نُفِيَ ثلاثةٌ، وبالسادسِ صار تسعةً، وبالسابعِ بقي اثنانِ، وبالثامنِ كملَ عشرةً، وبالتاسعِ يبقى منه واحدٌ.

وضابطهُ: كالأوّلِ بأنْ تأخُذَ الجُمَلَ الثلاثَ الأُوَلَ وقَدْرُها ستّةٌ، وتُضيفَها إلى «الخَمسة» و«السبعة» و«التسعة» تكمل سبعةً وعشرينَ، وهي الجُمَلُ المنفيّة، وتأخذَ «الأربعة» و«الستّةَ» و«الثمانيةَ» و«العشرةَ»، وقَدْرُها ثمانيةٌ وعشرونَ، وهي المثبتة؛ فتُسقِطُ منها المنفيّاتِ، فيبقى واحدٌ، ولو ألحقَ الثاني بالأوّلِ بأنْ قال: «له عليَّ عشرةٌ إلّا تسعةً، إلّا ثمانيةً» فلمّا انتهى إلى الواحدِ وَصَلَهُ بقوله: «إلّا اثنينِ، إلّا ثلاثةً» إلى أنْ عادَ إلى التّسعةِ فيكون قد ذكر كُلَّ جُملةٍ مرّتينِ كان اللازمُ واحداً والتقريبُ كما تقدَّم.

والضابطُ: أنّك تضمّ الاثنين إلى الثلاثين والثلاثةَ إلى الخمسةِ والعشرينَ، وعلى هذا تكون المُثبتاتُ خمسينَ، والمنفيّاتُ منها تسعةٌ وأربعينَ، يبقى واحدٌ، وهو المطلوب.

ولو قال: «ألفُ درهمٍ إلّا ثوباً» طُولِبَ بتفسيرِ القِيمَةِ وأُسقطتْ، ولَوِ اسْتوعبتْ لم يُسمع وطُولِبَ بالمحتملِ.

ولو قال: «ألفٌ إلّا شيئاً» طولِبَ بتفسيرِهما، ويُقبل مع عدمِ الاستغراقِ.

ولو عقَّبَ الجملَتَينِ بالاستثناءِ رجع إلى الأخيرةِ، إلّا أنْ يقصد عودَهُ إليهما.

ولو قال: «له درهمٌ ودرهمٌ إلّا درهماً» بطل الاستثناءُ وإنْ ردَّه إليهما، ويبطل الاستثناءُ المستوعبُ.



المقصدُ السابع في الوكالة

وفيه مطلبانِ:

[المطلبُ] الأوّلُ في أركانها

وهي أربعة:

الأوّل: الموكِّلُ، وشرطُه أنْ يَملِكَ مباشرةَ ذلك التصرُّفِ بملكٍ أو ولايةٍ، فلا يصحُّ توكيلُ الصبيّ والمجنونِ والمحجورِ عليه في المالِ والعبدِ، ولو وُكّل العبدُ في الطّلاقِ والمحجورُ عليه للفَلَسِ والسّفَهِ فيما لهما فِعْلُهُ صحَّ.

وللأبِ والجَدِّ له أنْ يُوكِّلا عن الصبيِّ، وكذا للوصيِّ. وليس للوكيلِ أنْ يوكِّلَ إلّا بالإذنِ الصريحِ أو القرينةِ. ولو وكّله في شِراءِ نفسِه مِن مولاه صحَّ.

● وللحاضرِ أنْ يوكِّلَ في الطّلاقِ كالغائب على رأي، وللحاكمِ أنْ يوكِّلَ عَن السفهاءِ.

قوله ﷺ ـ في الوكالة ـ: «وللحاضرِ أنْ يُوَكِّلَ في الطلاقِ كالغائبِ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ ابن إدريسَ [1] والشيخِ نجمِ الدين [2]؛ لأنّه فعلٌ قابلٌ لِلنيابةِ فجاز دخولُها فيه؛ ولأنّ التوكيلَ جائزٌ مع بعث الحَكَمين فكذا هنا. قاله ابنُ إدريسَ مدَّعياً للإجماع [3] ـ ويشكل بأنّ للمانع أنْ يَلْتَزِم ببطلانه إلّا مع ثبوتِ الإجماعِ. أو مع غَيبَةِ الزوجِ ـ ولعمومِ صحيحةِ سعيدِ الأعرَج عن الصادق ﷺ في رجلٍ يَجْعَلُ أمرَ امرأتِهِ إلى رجلٍ فقال:

---

١. السرائر، ج ٢، ص ٨٣ـ ٨٤.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٥٥؛ المختصر النافع، ص ٢٥١.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٨٣ ـ ٨٤.

ويُكرهُ لذوي المُرُوّاتِ مباشرةُ الخصومَةِ، بل يُوكّلون مَن يُنازع.

الثاني: الوكيلُ، ويعتَبرُ فيه البلوغُ والعقلُ، والإسلامُ إنْ كانَ الغريمُ مسلماً، ولا يُشترَطُ الإسلامُ إنْ كانَ الغريمُ كافراً.

ويَنبغي أنْ يكونَ فاهِماً عارفاً باللُغةِ.

ولا تَبْطُلُ بارْتدادِ الوكيلِ، ولا تصحُّ نيابةُ المُحْرِمِ في المحرَّمِ عليه، كعقدِ النِكاحِ وشِراءِ الصيد.

وللمرأةِ أنْ تَتوكَّلَ حتّى في نكاحِ نفسِها وطلاقِها. وللعبدِ أنْ يتوكَّلَ بإذنِ المولى وإنْ كان في عِتقِ نفسِه. وللمحجورِ عليه للسَفهِ والفَلَسِ في المالِ وغيره.

الثالثُ: فيما فيه الوَكالة، وله شرطان: أنْ يكونَ مملوكاً للموكِّلِ، وقبولُه

اشهَدُوا أنّي قد جَعلتُ أمرَ فلانةٍ إلى فلانٍ، فيطلِّقُها، أيجوزُ ذلك للرجل ؟ قال: «نعم» [١]. وإنّما جعلناها عامّةً لعدم السؤال عن محتملات اللفظ.

وذهب الشيخ [٢] وأبو الصلاح [٣] والقاضي إلى المنعِ من توكيل الحاضرِ استسلافاً [٤]؛ لأنّ الطلاقَ بيد من أخذَ بالساقِ. قلنا: خصَّ الغائب بدليلٍ، فليخصّ الحاضر، على أنّ كونه بيدِه يدلُّ على أنّ له التصرّفَ فيه، وهو أعمُّ من أنْ يكونَ مباشرةً أو استنابةً. ولما رواهُ زُرارةُ عن الصادق ﷺ قال: «لا تجوزُ الوَكالَةُ في الطلاق» [٥]. فيحمل على الحاضر جمعاً بين الرواياتِ؛ والروايةُ ضَعيفةٌ مع قصورها ومنافاتها للأصل.

---

١. الكافي، ج ٦، ص ١٢٩، باب الوكالة في الطلاق، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٨، ح ١١٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٧٨، ح ٩٨٦.

٢. النهاية، ص ٣١٩، و ص ٥١١؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٤٠، ذيل الحديث ١٢٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٧٩، ذيل الحديث ٩٩١؛ وفي المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٢: وأمّا الطلاق فيصحّ التوكيل فيه فيطلّقُ عنه الوكيل مقدار ما أذن له فيه.

٣. الكافي في الفقه، ص ٣٢٧.

٤. المهذّب، ج ٢، ص ٢٧٧.

٥. الكافي، ج ٦، ص ١٣٠، باب الوكالة في الطلاق، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٩، ح ١٢٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٧٩، ح ٩٩١.

للنيابةِ، فلو وكّله في طلاقِ زوجةٍ سَيَنْكِحُها أو عتقِ عبدٍ سَيَشْتريه لم يصحّ.

ولو وكّله فيما تعلّق غرضُ الشارعِ بإيقاعِه مباشَرةً ـ كالنكاحِ والقِسْمَةِ والعباداتِ مع القُدرَةِ، إلّا في الحجِّ المندوبِ وأداءِ الزكاةِ ـ لم يصحّ.

ولو وكّله فيما لا يتعلّق غرضُ الشارعِ بالمباشَرةِ صحّ، كالبيعِ وعقدِ النكاحِ والطلاقِ ـ ● وإنْ كان الزوجُ حاضراً على رأي، أو كانَ الوكيلُ فيه الزوجةَ على رأي ـ والمطالَبةِ بالحقوقِ واستيفائها.

قوله ﷺ: «وإنْ كان الزوجُ حاضراً على رأي، أو كان الوكيلُ فيه الزوجةَ على رأي».

أقول: يُريدُ أنّ الوَكالَة في الطلاقِ صحيحةٌ؛ لأنّه فعلٌ لم يتعلّق غرضُ الشارعِ بإيقاعِهِ من مُعَيَّنٍ وهو مذهبُ الأكثر[1]. ونُقِلَ عن شُذّاذٍ: أنّه لا يجوز، منهم ابن سَماعَة[2] عملاً برواية زُرارة المتقدِّمة[3]، ومن ثَمَّ أعادَ المسألة ليذكر أصل الوَكالَة في الطلاقِ، والرواية معارَضةٌ بالأُخرى وهي أصحُّ طريقاً[4].

ثمّ ذكرَ مسألةً أُخرى[5]، والحكمُ المَحكيُّ فيها، خالف فيه الشيخُ[6] وابنُ إدريسَ[7]؛ إذ لا يعقلُ مغايرتها لنفسها، وهي ثابتةٌ بين المُطلِّقِ والمُطلَّقَةِ. والحقُّ الجواز، لالتخييرِ النبيِّ ﷺ نساءَه[8]، فإنّه من خواصِّه؛ بل لأنّه فعلٌ قابلٌ للنيابةِ ومَحلٌّ لذلك فجاز، كما لو وَكَّل غيرَها من النساءِ أو توكّلت في طلاق غيرها، ويَكفي في التغاير الاعتبار. وعلى صحّة التخيير لها فالظاهر جواز الطلاق منها.

---

١. كالشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٢؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٨٣؛ والمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٥٥؛ والعلّامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٥، ص ٤٢، المسألة ٦٧٢.

٢. حكاه عنه الشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٩، ح ١٢٠؛ والاستبصار، ج ٣، ص ٢٧٩، ح ٩٩١.

٣. تقدّم في ص ١٨٠، الهامش ٥.

٤. تقدّم في ص ١٨٠، الهامش ١.

٥. أي وكالة الزوجة من جانب الزوج في طلاق نفسها.

٦. المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٥.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٨٧.

٨. صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٠٣، باب بيان أنّ تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلّا بالنيّة؛ سنن ابن ماجة، ج ١، ص ٦٦١ ـ ٦٦٢، باب الرجل يخيّر امرأته؛ السنن الكبرى، ج ٧، ص ٥٦٤ ـ ٥٦٨، باب ما جاء في التخيير.

ولا يجوزُ في المعاصي، كالسرقةِ و الغصْبِ و القتلِ، بل أحكامُها تلزم المباشِرَ.

● وفي صِحّةِ التوكيلِ بإثباتِ اليدِ على المباحاتِ كالاصْطيادِ إشكالٌ، وكذا الإشكالُ في التوكيلِ في الإقرارِ، ولا يقتضي ذلك إقراراً، ولا يُشترطُ في توكيلِ الخصومةِ رضى الغريم.

قوله ﷺ: «وفي صحّةِ التوكيلِ بإثبات اليد على المباحاتِ كالاصطيادِ إشكالٌ، وكذا الإشكالُ في التوكيلِ في الإقرارِ، ولا يَقتضي ذلك إقراراً».

أقول: أمّا وجهُ الإشكال الأوّلِ، فلأنّه عملٌ مقصودٌ محلَّلٌ فتجوزُ الوَكالَةُ فيه، ومن أنّ الوكيلَ بإثباتِ يده عليه دخل في ملكِهِ، فلا يُتصوَّر جوازُ التوكيلِ فيه. وهذا مَذْهَبُ الشيخ [١] وابن إدريسَ [٢]، إلّا في إحياء المواتِ فإنّه يجوزُ عندهما [٣]. والفرقُ عُسرٌ، وقوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتةً فهي له» [٤] يدُلُّ على تَملُّكِ المُحيي مطلقاً. وقيل: إنّ التوكيلَ في المُباحاتِ، وجواز الاستئجار عليها يبنى على أنّ المباحاتِ هل تُملَكُ بالنيّةِ أو بمجرّدِ الحِيازَةِ؟ فعلى الأوّلِ يجوزُ لا الثاني [٥].

وأمّا وجهُ الإشكال في الثاني [٦]؛ فلأنّه لا يتحقَّق الإقرارُ إلّا بإخبارِ الإنسانِ عن نفسهِ، وهنا إخبارٌ عن الغَيرِ، فلا يكون إقراراً، وإنّما هوشَهادةٌ. ومن الأصل، وأنّ فعلَ الوكيل فعلُ

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٣.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٨٥.

٣. الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٦١؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٨٣؛ وأفتى الشيخ في موضعٍ آخر من المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٣ بعدم جواز التوكيل في إحياء الموات.

٤. الكافي، ج ٥، ص ٢٨٠، بابٌ في إحياء أرض الموات، ح ٦؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٤٠، ح ٣٨٨٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٥١، ح ٦٧٠؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٠٧، ح ٣٧٩؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٦٦٢ ـ ٦٦٤، ح ١٣٧٨ ـ ١٣٧٩؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٤٥٣ ـ ٤٥٥، ح ٣٠٧٣ ـ ٣٠٧٤.

٥. لم نعثر على قائل به من المتقدّمين على الشهيد، ومن المتأخّرين ذكره المحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٨، ص ٢١٨؛ والأردبيلي في مجمع الفائدة، ج ٩، ص ٥١٧.

٦. يعني الإشكال في التوكيل في الإقرار.

ولو وكّله على كلِّ قليلٍ وكثيرٍ صحَّ، وتُعتبرُ المصلحةُ في فعلِ الوكيلِ، ولو وكّلهُ في شِراءِ عبدٍ صحَّ وإنْ لم يُعيِّنه.

الرابعُ: الصيغة، ولا بدّ من إيجاب مثل «وكّلتُك» وَ «استَنبْتُك» و «بِعْ» وَ «أعْتِقْ»؛ وقبولٍ إمّا لفظاً أو فِعلاً، ويجوز تأخُّره عن الإيجابِ.

ويُشترطُ التنجيزُ، فلو علّقه بشرطٍ بطَلَ، ولو نَجَّزَه وشَرَطَ تأخيرَ التصرُّفِ جازَ.

المُوكّل. فالإخبارُ بالحقِّ إخبارٌ عنه؛ ولأنّه فعلٌ يلزم حقّاً، فهو كالبَيعِ؛ ولجواز إملال الوكيل عن غير مستطيع الإملال للآية[1]، وهو قويٌّ، والثاني مذهبُ الشيخ في الخلافِ واستدلَّ عليه بأنّه لامانعَ منه، والأصل جوازهُ، ولقوله ﷺ «المؤمنون عند شُروطِهِم»[2]، واختاره أيضاً في المبسوطِ[3].

ثمّ إنّ المصنّف حَكَمَ بأنّ توكيلَه في الإقرارِ ليس إقراراً؛ للمغايرةِ بينهما، فإنّ التوكيلَ إنشاءٌ، والإقرارَ إخبارٌ؛ ولأنّ التوكيلَ في الشيءِ لوكانَ مُثبتاً له لَزِمَ كون التوكيل في البَيعِ بَيعاً؛ ولِتنافي لَوازمِ الإنشاءِ والإخبارِ لا يَجوزُ احتمال اللفظِ الواحدِ لهما، وذلكَ؛ لأنّ الإنشاءَ لا يَحتَمِلُ الصدقَ والكذبَ، بخلافِ الإخبارِ، والإنشاءُ مُحصِّلٌ لمقتضاه، والإخبارُ تقريرٌ لمقتضاه؛ ولأنّ الخبرَ يَستلزمُ الزمانَ بخلافِ الإنشاءِ، ويُحتملُ كونُه إقراراً لتضمُّنِه الإقرارَ؛ إذ هو متضمّنٌ للإخبارِ أنّ عليه حقّاً، وهو معنى الإقرارِ. وحكى الوجهَينِ الشيخُ في المبسوط[4].

---

١. البقرة (٢): ٢٨٢: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ...﴾.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٣٤٤، المسألة ٥؛ والحديث في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٢٣٢، ح ٨٣٥؛ المغني، ابن قدامة، ج ٤، ص ٣٨٤، المسألة ٣٢٥٧؛ الشرح الكبير، ج ٤، ص ٣٨٧.

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

٤. المبسوط، ج ٢، ص ٣٦٩.

المطلبُ الثاني في الأحكام

الوَكالةُ جائزةٌ منَ الطرفينِ، فلو عَزَلَه انْعزلَ إنْ عَلِمَ بالعَزْلِ، وإلّا فلا، ولو عَزَلَ نفسَه بطلت.

وتبطُلُ بموتِ أحدِهما، وخروجِه عن التكليفِ ولو بالإغماءِ، وبفعلِ الموكّلِ مُتعَلَّقَ الوَكالةِ، وبتلفِه ـ لا بالنومِ المتطاولِ ـ والتعدّي، وعتقِ العبدِ وبَيعه، وطلاقِ الزوجة.

أمّا لو أذنَ لعبدِه ثمّ باعه أو أعتقه بطل الإذنُ.

● والإطلاقُ يقتضي البيعَ بثمنِ المثلِ بنقدِ البلدِ حالاً، وتسويغَ البيعِ على ولدِه أو زوجتِه لا على نفسِه إلّا مع الإذنِ، فيجوز حينئذٍ أنْ يتولّى طرفَي العقدِ على رأي.

قوله ﷺ: «والإطلاقُ يقتضي البَيعَ بثمن المثلِ بنقد البلد حالاً، وتسويغَ البَيع على ولده أو زوجته لا على نفسه إلّا مع الإذن، فيجوزُ حينئذٍ أنْ يتولّى طَرَفي العقدِ على رأي».

أقول: الخلاف يَقعُ هنا في موضعَين:

أحدُهما: أنّه هل يدخلُ الوكيلُ في إطلاقِ الإذنِ، أم لا؟ وجهانِ: المنعُ، وهو اختيارُ المبسوطِ [1] والخلاف [2] وابن الجُنَيْد [3] وابن إدريسَ [4] ونجمِ الدينِ [5]. وفي حكمِهِ عبدُه، صرّحَ به ابن الجُنَيْد [6] والشيخُ، وألحق الشيخُ وَلدَه [7]؛ إذ الإطلاقُ مفهومُه البَيعُ على غيره، ولا مغايرةَ بين الشخصِ ونفسِهِ.

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٣٨١.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٣٤٦، المسألة ٩.

٣. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١٨، المسألة ٢٠٤.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٩٧ ـ ٩٨.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٩: والوكيل... وهل يجوز أن يتولّى طرفي العقد؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وقيل: إن علم الموكّل جاز، وهو أشبه. فإنْ أوقع قبل إعلامه وقف على الإجازة.

٦. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١٨، المسألة ٢٠٤.

٧. المبسوط، ج ٢، ص ٣٨١.

ولو قَدَّرَ له أَجَلَ النَسِيئةِ لم يتخطّاهُ، وإنْ أطلق تقيّد بالمصلحةِ عُرفاً.

وذهب أبو الصلاحِ في ظاهرِ كلامِه[١]، وتبعهُ المُصنّفُ في المختلفِ إلى جوازِه وإنْ لم يأذنْ[٢]؛ لقضيّة الأصل، ولأنّ المقصودَ المعاوضةُ، وهي حاصلةٌ؛ ولجوازِه للأب والجدِّ.

وثانيهما: أنّه مع إذنه له هل يصحُّ العقدُ أم لا؟ ذهبَ الشيخُ[٣] وابنُ إدريسَ[٤] وكثيرٌ من الأصحابِ إلى المنع[٥]؛ للحوقِ التهمة، ولأنّه يلزم كونُه موجباً قابلاً، ولأنّ شرطَ اللزوم التفرُّقُ، وهو لا يحصَلُ بين الشخصِ ونفسِه.

وذهب الشيخُ نجمُ الدين[٦] والمصنّفُ إلى الجواز؛ لأصالتِه، ولجوازِه في الأب والجدِّ، فكذا في الوكيلِ، وما ذكروه واردٌ في الأبِ والجدِّ. ويجوزُ كونُ الشيء موجباً قابلاً باعتبارين.

فرعٌ: وكذا الوكيلُ في الشراءِ لا يشتري من نفسِه؛ لِما ذكرناهُ، ولِما رواهُ هِشامُ بنُ الحَكَمِ عن أبي عبدالله ﷺ: «إذا قال لك الرجل: «اشتر لي» فلا تعطِهِ مِنْ عندِك وإنْ كان الذي عندَك خيراً منهُ»[٧]. ومثلهُ روايةُ إسحاقَ عنه ﷺ تالياً: «﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ﴾»[٨] الآية، ومنه يَظهرُ المنعَ في البَيع.

---

١. الكافي في الفقه، ص ٣٦٠: ويكره لمن سأله غيره أنْ يبتاع له متاعاً أنْ يبيعه من عنده، أو يبتاع منه ما سأله بيعه له، وليس بمحرم.

٢. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٨٩ ـ ٩٠، المسألة ٤٩.

٣. لم نعثر عليه في كتب الشيخ صراحةً، ولكن نسب إليه وإلى ابن الجنيد وابن إدريسَ الفقيه الجليل نجم الدين جعفر بن الزهدَري الحلّي في إيضاح ترددات الشرائع، ج ١، ص ٣٢٨؛ ونسب إلى الشيخ وجماعة الشهيد الثاني في مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٢٩٤؛ وللمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢١٤ ـ ٢١٦؛ وج ٧، ص ٥٧٠؛ وجواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٤٢٩ ـ ٤٣١؛ وقال العلّامة التستري في النجعة، ج ٨، ص ١٧١: ففيه أنّ مع إذنه لاقائل منّا ظاهراً بالمنع، وأمّا ما في المبسوط: إذا أذن الموكّل لوكيله في بيع ماله من نفسه قيل: فيه وجهان: أحدهما يجوز، وهو الصحيح. قال قوم: لايجوز كما لايجوز أن يزوّج بنت عمّه من نفسه، فالمراد به الاختلاف عند العامّة، والدليل عليه قوله بعد ما مرّ: وهذا عندنا أيضاً جائز؛ راجع المبسوط، ج ٢، ص ٣٨١.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٩٧ ـ ٩٨: وجميع من يبيع مال الغير ستّة أنفس، ... ولايصحّ لأحد منهم أن يبيع المال الذي في يده من نفسه إلّا لاثنين: الأب، والجد، ولايصحّ لغيرهما. وهو كما ترى لم يبيّن فتواه في صورة الإذن.

٥. لاحظ ما حرّرناه في الهامش ٣.

٦. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٢: إذا أذن الموكّل لوكيله في ماله من نفسه فباع جاز، وفيه تردّد.

٧. الكافي، ج ٥، ص ١٥١ ـ ١٥٢، باب آداب التجارة، ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٥٢، ح ٩٩٨؛ وج ٧، ص ٦ ـ ٧، ح ١٩.

٨. الأحزاب (٣٣): ٧٢؛ والحديث في تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٥٢، ح ٩٩٩.

و وكيلُ البيعِ لا يملِكُ تسليمَ المبيع قبلَ تَوْفِيةِ الثمنِ، وبعدَه لا يجوز له المنعُ، ولا يملِكُ قبضَ الثمنِ، ● و وكيلُ الشراءِ يملِكُ تسليمَ الثمنِ. وقبضُ المبيعِ كقبضِ الثمنِ، ولا يملِكُ وكيلُ الحكومة والإثباتِ الاستيفاءَ وبالعكسِ.

ولَوِ اشْترى مَعيباً بثمنٍ مثله جاهلاً بالعيبِ وقع عن الموكِّل، ولو عَلِمَ افْتقر إلى الإجازةِ، ولو كانَ بغَبْنٍ فكذلك عالماً كان أو جاهلاً، ثمَّ إنْ ذَكَر الموكّلَ في العقدِ لم يَقَعْ عنه ولا عن الموكّل إلّا بالإجازةِ، وإلّا وقع عن الوكيلِ، وللوكيلِ الردُّ بالعيبِ مع حضورِ الموكّلِ وغيبتِه، ولو رضي الموكّلُ بطل ردُّه.

وإذا قال له: افعل ماشئتَ، أو وكَّله في مقدارٍ يَعجز عنه اقتضى الإذنَ في التوكيل للأمينِ.

ولو قال له: بعْ من زيدٍ، أو في زمانٍ، أو في سوقٍ له فيه غَرضٌ، أو صرّح فيه بالنهي عن غيرِه، أو بحالٍّ لم يجُزِ العدولُ.

ولو باع بأزيدَ، أو باع حالاً بمثلِ ما أذِن في النَسيئةِ، أوِ اشترى نَسيئةً بمثلِ ما أذِن نقداً صحّ، إلّا أنْ يُصرِّحَ بالمنع.

قوله ﷺ: «ووكيلُ الشِراءِ يَملِكُ تسليمَ الثمنِ. وقبضُ المَبيعِ كقَبضِ الثمنِ».

أقول: يُريدُ بذلك أنّ الوكيلَ في شِراءِ عينٍ يجوز له أنْ يُسلِّمَ الثمنَ إلى البائعِ، لكن لا يتَسلَّمُ المبيعَ، كما أنّه لو وكَّلهُ في بيعٍ لا يَتَسلَّمُ الثمن؛ لأنّه قد يستأمِنُ على البيعِ والشِراءِ مَنْ لا يَستأمنهُ على قبضِ المبيعِ والثمنِ.

ولا يرد أنّهم حكموا بأنّه لا يجوز أنْ يُسلِّم المبيعَ حتّى يتسلَّم الثمنَ، ولا الثمنَ حتّى يتسلَّم المبيعَ؛ لأنّ ذلك محمولٌ على من هو وكيلٌ فيهما معاً، لا في المُطلقِ، ولو سُلِّمَ فللوكيل أنْ يمتنعَ حتّى يدفع الغريمُ المبيعَ أو الثمنَ إلى موكِّلِه، والمصنِّفُ في هذه المسألة لوَّحَ بالردِّ على بعضِ العامّة، حيث جوَّزَ قبضَ المبيعِ؛ لقضيّة العرف، مع أنّه مَنَعَ من قبض الثمن [١]؛ لأنّه لم يؤذنْ فيه، فتوجَّه سؤالُ الفرق.

١. المغني، ابن قدامة، ج ٧، ص ٢١٣؛ الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٣٩.

ولو قال: اشْتَرِ شاةً بدينارٍ، فَاشْتَرى شاتَين به ثمَّ باع إحداهما بالدينارِ صحّ، لكن يفتقرُ في البَيع إلى إجازتِه.

وليس لوكيلِ الخصومةِ الإقرارُ ولا الصلحُ ولا الإبراءُ.

ولو قال: صالِحْ عن الدمِ الذي أستَحِقُّهُ بخمرٍ فَفَعلَ حَصل العَفو، بخلافِ مالو صالَح على خنزيرٍ.

ولو وكّلهُ في شيءٍ لم يَنْطلق في غيرِه. فلو وكّله في شِراءٍ فاسدٍ لم يَملكِ الصحيحَ. ولو وكّله في الشِراءِ بالعَينِ فَاشترى في الذمَّةِ أو بالعكسِ لم يقعْ عن الموكِّلِ، فإنِ اشْترى في الذمَّةِ ولم يُصرِّحْ بالإضافةِ وقع عنه.

والوكيلُ أمينٌ وإنْ كانَ بِجُعْلٍ، ويقعُ الشِراءُ للموكِّلِ لا له. وكلُّ موضعٍ يبطُلُ الشراءُ للموكِّلِ فإنْ أضاف في العقدِ لم يَقَعْ عنْ أحدِهما وإلّا قُضِي على الوكيلِ. وكذا لو أنكر الوكالةَ ولا بيِّنةَ، فإنْ كانَ الوكيلُ كاذباً فالمِلكُ له باطناً وظاهراً، وإلّا ظاهراً، فيقول الموكّل: إنْ كانَ لي فقد بعتُه منه، ولَوِ امْتنع اشتوفى الوكيلُ ما غَرِم، ويَرُدُّ الفاضلَ أو يَرجع.

وليس له التصرُّفُ بغيرِ ذلك مِنْ وطءٍ وانتفاعٍ.

ولو وكّل اثنين وشرط الاجْتماعَ أو أطلق لم يكن لأحدِهما الانفرادُ ولا القِسمةُ، ولو مات أحدُهما بطلتْ، وليس للحاكمِ أنْ يَضُمَّ إليه، ولو شرط الانفراد جاز.

ولو قال: أقْبِضْ حقِّي منْ فلانٍ فماتَ بطلتْ، بخلاف أقْبِضْ حقِّي الذي عليه.

ولو وكّل المديونَ في الشِراء بالدَّيْنِ صحّ، ويَبْرأ بالتسليمِ إلى البائعِ.

ولا تثبتُ إلّا بعدلَيْن اتّفقا، لا بشاهدٍ وامرأتَينِ، ولا بشاهدٍ ويمينٍ، ولا بموافقةِ الغريمِ.

ولَوِ اخْتلفا في تأريخِ الإيقاعِ، أو في اللغةِ، أو في العِبارةِ لم يُقبل، ولو كانَ ذلك في الإقرارِ قُبِل.

ويجب التسليمُ مع المطالَبةِ والقدرةِ، فإنْ أخَّرَ ضَمِن.

ولو وكَّله في القضاءِ ولم يُشهِد به ضَمِن، بخلاف الإيداعِ.

وللبائعِ مطالَبةُ الوكيلِ مع جهلِ الوكالةِ والموكِّلِ مع علمه، وتقبل شهادةُ الوكيلِ لموكِّلِه فيما لا وَلايةَ له.

ولو عُزِل قُبلتْ في الجميعِ ما لم يكن أقام بها أو شرع في المنازَعةِ.

مسائلُ النزاعِ

لو أنكر المالكُ الإذنَ في البيعِ بذلك الثمنِ وَ ادَّعى الأزيدَ، فالقولُ قولُه مع اليمينِ، ثمّ تُستعاد العينُ إنْ أمكنَ، وإلّا المثلُ أو القِيمةُ. فإنْ صَدّق المشتَري الوكيلَ وتَلِفَتِ السِلْعَةُ في يدِه رجع المالكُ على مَنْ شاءَ، فإنْ رجع على المشتَري لم يَرجِعِ المشتَري على الوكيلِ، وإنْ رَجَعَ على الوكيلِ رَجع الوكيلُ على المشتَري بالأقلِّ مِنْ ثمنِه وما غَرِمه.

ولو قال: ما أذِنْتُ إلّا في الشِراءِ بعشرةٍ وكان الشِراءُ بأزيدَ حَلَف ويَغْرَمُ الوكيلُ الزائدَ إنْ أنكر البائعُ الوكالةَ، وإلّا اندفع الشراءُ.

ولو أنكر الغريمُ وَكالةَ الغائبِ له فلا يمينَ، ولو صَدّقه لم يُؤمر بالتسليمِ إليه.

والقولُ قولُ منكرِ الوَكالةِ، وقولُ الوكيلِ في التلفِ وعدمِ التفريطِ، والقِيمَةِ معه، وإيقاعِ الفعلِ والابتياعِ له أو للموكِّلِ.

● وقولُ الموكِّلِ في الردِّ وإنْ لم يكنْ بجُعلٍ على رأيٍ.

قوله: «وقولُ الموكِّلِ في الردِّ وإنْ لم يكن بجُعلٍ على رأيٍ».

أقول: هذا مذهبُ ابنُ إدريسَ [1] وشيخِنا نجمِ الدين في الشرائع [2]؛ لأصالة عدم الردِّ،

---

١. السرائر، ج ٢، ص ٨٦ ـ ٨٧.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٢ ـ ١٦٣.

● وفي قدرِ الثمن المُشْتَرى به على رأي.

ولأنّ الوكيلَ مُدَّعٍ، والبيّنة على المدَّعي، والمالكُ منكِرٌ واليمينُ على من أنكر؛ ولأنّه في معنى الوصيّ المأمور بالإشهادِ في قوله تعالى: ﴿فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ﴾[١]، فلو كان قوله مقبولاً استُغنِي عنه.

وفيه نظرٌ؛ لأنّ فائدتَه إزالةُ التُّهمة، ودفعُ اليمين.

وذهب الشيخُ[٢] وأتباعُهُ[٣] ونجمُ الدين في النافعِ إلى أنّ القولَ قولُ الوكيل إنْ كان بغير جُعلٍ[٤]؛ لأنّه أمينٌ ادّعى ما لَهُ أنْ يفعلهُ، ولأنّه قبضَ المال لمنفعة غيرِه، فجرى مجرى المودَع، وإلّا فالقولُ قول الموكّلِ؛ لأنّ قبضَ الوكيل لمصلحتِهِ، فجرى مجرى المُرتهِنِ والمُستَعيرِ.

قوله ﷺ: «وفي قدرِ الثمنِ المشتَرى به على رأي».

أقول: هذا اختيارُ نجمِ الدين[٥] والمُصنّفِ؛ لأنّ الموكّلَ غارمٌ[٦]، ولأصالةِ عدمِ الزيادة.

وذهب الشيخُ في المبسوطِ إلى أنّ القولَ قولُ الوكيلِ[٧]؛ لأنّه أمينٌ فيقبل منه كدعوى التلفِ.

ويُحتَملُ العملُ بالأوّلِ إنْ كان الشِراءُ في الذمّة، وإلّا فبالثاني. ذكره في القواعدِ[٨]، ونفاهُ في التحريرِ[٩]، ووجهُهُ تقديمُ الغارمِ منهما.

---

١. النساء (٤): ٦.

٢. المبسوط، ج ٢، ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

٣. منهم: القاضي في جواهر الفقه، ص ٧٨، المسألة ٢٨٨؛ ويحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٣٢٢.

٤. المختصر النافع، ص ٢٥٣.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٤.

٦. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٢٥، المسألة ٢٢٣.

٧. المبسوط، ج ٢، ص ٣٩٢.

٨. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٧٠.

٩. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٤٢، الرقم ٤١٢٣.

● ولو أنكر وَكالةَ التزويجِ حُلِّف وأُلزِم الوكيلُ بالمهرِ، وقيل: بالنصفِ، وقيل: بالبطلان.

قوله ﷺ: «ولو أنكر وَكالةَ التزويجِ حُلِّفَ وأُلزِمَ الوكيلُ بالمَهرِ، وقيل: بالنصفِ، وقيل: بالبطلانِ. ويجب على الموكِّلِ الطلاقُ مع كذبه، ودفعُ نصفِ المَهرِ وهو جيِّدٌ».

أقول: أمّا الأوّل: وهو إلزام الوكيلِ بالمَهرِ، فهو مذهبُ الشيخِ في النهاية [1] والقاضي [2] والكَيْذُري [3]، ونجمِ الدين [4]. وجوَّز الشيخ لها التزويجَ، وأوجبَ على الموكِّلِ الطلاقَ مع التوكيل [5]؛ لأنَّ المَهرَ ثابتٌ بالعقدِ، ولا ينتصف إلّا بالطلاقِ.

وأمّا الثاني: وهو إلزامُه بنصفِ المَهرِ، فهوَ مَذْهَبُ الشيخ في المبسوطِ [6] وابنِ إدريس [7]؛ لما رواهُ عمرُ بن حنظلة عن الصادق ﷺ في رجلٍ قال لآخَر: اخْطُب لي فلانةَ - إلى أنْ قال: - فلمّا رجع إليه أنكر ذلك كُلَّه، قال: «يغرمُ لها نصفَ الصَداقِ، وذلك أنّه هو الذي ضَيَّع حقَّها» [8]، يعني بعدم الإشهاد على وَكالة الزوج؛ لتضمُّنِ الوَكالة أنّه لم يشهد عليه؛ ولأنّه فسخٌ قبل الدخول، فيجبُ معه نصف المَهرِ كالطلاق.

وأمّا الثالث: وهو القولُ بالبُطلانِ - أي بطلانِ النكاحِ - وأنْ لامَهر على الوكيلِ، ووجوبِ طلاقِها على الزوج مع التوكيلِ ودفعِ النصفِ فهو شيءٌ نقلَه نجمُ الدين [9]، وأطلقَ نقلَه، ونقله

---

١. النهاية، ص ٣١٩.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١٥، المسألة ٢٠١؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٥٧، ولم نجده في كتابيه.

٣. إصباح الشيعة، ص ٣٢١.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٣.

٥. النهاية، ص ٣١٩.

٦. المبسوط، ج ٢، ص ٣٨٦: وإذا وكّله في تزويج امرأة بعينها... غير أنّ أصحابنا رووا أنّه يلزم الوكيل نصف مهرها.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٩٣ و ٩٤ - ٩٥.

٨. الفقيه، ج ٣، ص ٨٥، ح ٣٣٨٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٣ - ٢١٤، ح ٥٠٤.

٩. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٣: وقيل: يحكم ببطلان العقد في الظاهر، ويجب على الموكّل أنْ يطلّقها، إن كان يعلم صدق الوكيل، وأن يسوق لها نصف المهر. وهو قويّ.

ويجبُ على الموكِّلِ الطلاقُ مع كذبِه، ودَفْعُ نِصْفِ المهرِ، وهو جيِّدٌ.

ولو قال: قَبَضْتُ الثمنَ وتَلِفَ في يدي وكان ذلك بعدَ التسليم قُـدِّم قـولُه؛ إذِ الموكِّلُ يطلبُ جُعْلَه خائناً بالتسليمِ قبلَ الاستيفاءِ، ولو كان قبلَ التسليمِ قُدِّم قولُ الموكِّلِ؛ لأنّ الأصلَ بقاءُ حقِّه.

وكلُّ مَنْ عليه حقٌّ فله الامتناعُ مِنَ التسليمِ إلى المستَحقِّ و وكيلِه، إلّا بالإشهاد.

ولو ادَّعى على الوكيلِ قَبْضَ الثمنِ فجَحد فأُقيم بيِّنةُ القبضِ فَادَّعى تلفاً أو ردّاً قَبْلَ الجُحود لم يُقْبل قولُه؛ لخيانتِه، ولا بيِّنَتُهُ؛ لعدمِ سَماعِ دعواه.

ولو ادَّعى بعدَ الجحود ردّاً سُمعتْ دعواهُ، ولا يُصدَّق؛ لخيانتِه، وتُسمع بيِّنَتُه.

ولو ادَّعى التلفَ صُدِّقَ لِيَبرأ مِنَ العَينِ، ولكنّه خائنٌ، فيلزمه الضَمانُ.

شيخُنا المصنِّفُ في المختلفِ عن بعض علمائنا ـ ولم أظفر بقائله ـ قال: وهو جيدٌ[١]؛ لأنّ إنكار الموكِّلِ للوكالةِ يقتضي رفعَ العقد ظاهراً، وثبوتُ المَهرِ يتوقّفُ على لزومِ العقدِ، ولأنّ المَهرَ إنّما يلزمُ الزوجَ؛ لأنّه عوضُ البُضع، والوكيلُ ليس بزوجٍ، وإنّما يجبُ طلاقُها على الزوجِ لئلّا تتزوَّجَ بغيره وهي في عَقدِهِ، وفي الرواية: «حلَّ لها أنْ تتزوَّجَ ولا تحلُّ للأوّلِ فيما بينهُ وبينَ اللهِ إلّا أنْ يُطلِّقَها؛ لأنّ الله تعالى يقولُ: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٢]، فإنْ لم يفعلْ فإنّه مأثومٌ فيما بينهُ وبينَ اللهِ عزّوجلّ»[٣].

---

١. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١٦، المسألة ٢٠١.

٢. البقرة (٢): ٢٢٩.

٣. هي رواية عمربن حنظلة، تقدّم تخريجها في ص ١٩٠، الهامش ٨.



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الإجارة وتوابعها

المقصد الأوّلُ في الإجارة

المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة

المقصد الثالثُ في الجعالة

المقصد الرابعُ في السبق والرماية

المقصد الخامسُ في الشركة

المقصد السادسُ في المضاربة

المقصد السابعُ في الوديعة

المقصد الثامنُ في العارية

المقصد التاسعُ في اللقطة

المقصد العاشرُ في الغصب


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الإجارة وتوابعها

وفيه مقاصدُ:

[المقصدُ] الأوّلُ في الإجارة

وفيه مطلبانِ:

[المطلبُ] الأوّلُ في الشرائط

وهي ستّةٌ:

الأوّلُ: الصيغةُ، فالإيجابُ «آجرتُك» أو «أكْرَيْتُك». والقبولُ وهو «قبلتُ»، ولا يكفي «مَلَّكتُك»، إلّا أنْ يقولَ: «سُكناها سَنَةً» مثلاً، أو «أعَرْتُك» ولا تنعقدُ بلفظِ البَيعِ.

ويُشترطُ فيه جوازُ تصرُّفِ المتعاقدَينِ، فلا تُمضى إجارةُ المجنونِ والصبيِّ المميِّزِ وغيرِه وإنْ أجازهُ الوليُّ، ولا المحجورِ عليه للسفَه والفَلَسِ، ولا العبدِ إلّا بإذنِ المولى.

الثاني: ملكيّةُ المنفعةِ، إمّا بانفرادها أو بالتبعيّة للأصلِ، ولو شَرط استيفاءَ المنفعة بنفسه لم يكنْ له أنْ يؤجِرَ، ولو آجرَ غيرُ المالكِ وقفَ على الإجازةِ.

الثالثُ: العلمُ بها، إمّا بتقديرِ العملِ كخياطةِ الثوبِ، أو بالمدّةِ كالخِياطةِ يوماً، ولو جمعهما بطَل.

وليس للأجيرِ الخاصّ العملُ للغيرِ إلّا بالإذنِ، ويجوز للمشتركِ. فإنْ عيّن مبدأ المدّةِ صَحّ وإنْ تأخّر عَنِ العقدِ، وإلّا اقتضى الاتّصالَ. وتُملَكُ المنفعةُ بالعقدِ كما تُملكُ الأُجرةُ به.

وإذا سلَّمَ العينَ ومضتْ مدّةٌ يُمكِنُه الاستيفاءُ لزمت الأُجرةُ وإنْ لم ينتفع، وكذا لو مَضتْ مدَّةٌ يمكنهُ فيها قلعُ الضِرسِ، ولو زالَ الألمُ عقيبَ العقدِ بطلتْ.

ولو تلفتِ العينُ قبلَ التسليمِ أو عَقيبَه بطلتْ، ولو كان بعدَ مدَّةٍ بطل في الباقي.

ولو استأجر للزراعَة ما لا ينْحَسر عنه الماءُ لم يَجزْ ؛ لعدمِ الانْتفاعِ، ولو كانَ على التدريج لم يَجُز ؛ لِجَهالةِ وقتِ الانْتفاعِ.

ويُشترطُ تعيينُ المحمولِ بالمشاهَدةِ أو الكيلِ والوزنِ، والراكبِ والمحمِلِ وقدرِ الزادِ، وليس له البدلُ مع الفَناءِ إلّا بالشرط ؛ ومشاهَدةُ الدابَّةِ المركوبةِ أو وصفُها.

ويلزمُ الموجِرَ آلاتُ الركوبِ كالقَتَبِ والحِزامِ، ورفعُ المحمِلِ وشَدُّه، وإعانةُ الراكبِ للركوبِ والنزولِ في المهمّاتِ المتكرِّرةِ، ومشاهدةُ الدولابِ، والأرضِ المطلوبِ حَرْثُها، وتعيينُ وقتِ السيرِ مع عدم العادةِ ؛ ومشاهدةُ العِقار أو وصفُه بما يرفَعُ الجَهالةَ ؛ وتعيينُ أرضِ البئرِ وقدرِ نزولِها وسعتِها، فلَوانْهارَتْ لم يُلزَمِ الأجيرُ إزالتَه. ولو حفَرَ البعضَ رجع بالنسبةِ مِنْ أُجرةِ المثلِ. ومشاهدةُ الصبيِّ المرتضع، لا إذنُ الزوجِ إلّا مع منعِ حقِّه.

ولا يجب تقسيطُ المسمّى على أجزاءِ المدَّةِ.

ويجوزُ استئجارُ الأرضِ ليُعملَ مسجداً، والدراهمِ والدنانيرِ.

● ولو زاد المحمولُ، فإنْ كان المُعْتبِرُ المؤجِرَ فلا ضَمانَ وعليه الردُّ، وإنْ كانَ المستأجِرَ ضَمِنَ الأُجرةَ ونصفَ الدابّةِ، ويُحتملُ الجميعُ، وكذا الأجنبي.

قوله ﵀: «ولو زادَ المحمولُ، فإنْ كانَ المعتبرُ الموجِرَ فلاضَمانَ وعليهِ الردُّ، وإنْ كان المُستأجرَ ضَمِنَ الأُجرةَ ونصفَ الدابّة، ويُحتَملُ الجميعُ».

أقول: أمّا احتمالُ ضَمانِ النصف ؛ فلأنّها تَلِفَتْ من فعلينِ: أحَدُهما مأذونٌ فيه، وهو غيرُ مضمونٍ، والآخرُ غيره، فيكون مضموناً عليه، ولا يُنظَرُ إلى القَدر كالجراحاتِ.

وأمّا احتمالُ الجميع ؛ فلأنّه متعدٍّ، والعُدوانُ سببٌ موجِبٌ لِضَمانِ جميع الدابّةِ فيما لو حمَّلها هو، فكذا هنا ؛ لأنّه عادٍ.

● ولو قال: آجرتُك كلَّ شهرٍ بكذا بَطَل على رأي، وصحَّ في شهرٍ على رأي.

ويُحتَمَلُ أنْ يقال: يضمَنُ بالنسبةِ؛ لأنّ التلفَ مستندٌ إلى الجُملةِ، ولا ترجيحَ لجزءٍ باستناد الضَمانِ إليه، فنِسبَةُ الضَمانِ إلى الكُلِّ واحدةٌ، فلو ضمن بالأقلِّ مثل الأكثر أو بالعكسِ كان الزائدُ والناقصُ متساويين، وإنّه مُحالٌ، فيسقط ضَمانُ المأذون فيه، ويضمن الآخَرُ بقسطِهِ، وفرَّق بعضُ العامّة بينه وبين الجِراحاتِ بعدم انضباط آثارها [1] بخلاف المحمول.

قوله: «ولو قال: آجرتُك كُلَّ شهرٍ بكذا بطل على رأي، وصَحَّ في شهرٍ على رأي».

أقول: القائل بالبطلانِ هو ابنُ إدريسَ [2]؛ لتجهُّلِ المنفعَة، ضرورة عَدَم علمِها إلّا بالمُدّةِ ولم تحصل. وقوّاهُ المُصنِّف في المختلف [3] والتحريرِ [4].

والقائلُ بالصحّة في شهرٍ هو الشيخُ المفيد [5]، والشيخُ في النهايةِ [6]، وظاهرُ مذهبه في المبسوطِ [7] والخلافِ [8]، ومذهبُ الشيخ نجم الدين [9]؛ لأنّ الشهرَ معيّنٌ وأُجرتُه معيّنةٌ؛ إذ التقديرُ «آجرتُك هذا الشهرَ بدرهم» وكذا ما بعده، فيبطل ما بَعدَهُ؛ لِتجهُّلِ كمّيّتِه، ويَصِحُّ فيه.

وفي القواعد صحَّح استئجارَ كُلِّ شهرٍ بدرهمٍ فإنْ زاد فبحسابه [10]، وهي غير المسألة المذكورة.

وإنّما حكى القولينِ؛ لتكافئهما في نظره، وقَدَّم الأوّلَ؛ لظهورِ حُجّتِه؛ ولهذا اختارَهُ في الكتابينِ المذكورينِ.

١. مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥٤.
٢. السرائر، ج ٢، ص ٤٦١.
٣. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٠٦، المسألة ٥.
٤. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٨٦، الرقم ٤٢٠٩.
٥. المقنعة، ص ٦٤٢.
٦. النهاية، ص ٤٤٤.
٧. المبسوط، ج ٣، ص ٢٢٣.
٨. الخلاف، ج ٣، ص ٤٩٠، المسألة ٥.
٩. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤٢.
١٠. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨٥.

● ولو قال: إنْ خِطْتَهُ فارسيّاً فدرهمٌ وروميّاً فدِرهمانِ، أو إنْ عَمِلْتَه اليومَ فدرهمٌ وغداً دِرهمان صحَّ على إشكالٍ.

قوله ﷺ: «ولو قال: إن خِطتَهُ فارسيّاً فدرهمٌ وروميّاً فدرهمانِ، أو إنْ عملتَهُ اليومَ فدرهمٌ وغداً درهمانِ[1] صَحَّ على إشكالٍ».

أقول: منشأ الإشكال فيهما واحدٌ، وهو أنّه عقدٌ على كُلٍّ من الفعلَينِ بأُجرةٍ معلومةٍ فيصحُّ؛ إذ الواقعُ لا يخلو عنهما، ولأصالةِ الجواز، ولدخوله في شُروط المؤمنين[2]، ولأنّه كالدابّةِ المستأجَرَة إلى مكانٍ في زمانٍ بأُجرةٍ وبغيرها في أُخرى، علّل به في الخلاف[3].

قلت: وفي رواية محمّد بنِ مسلمٍ عن أبي جعفرٍ ﷺ في الرجلِ يكتريِ الدابّةَ فيقول: اكترَيتُها منك إلى مكانِ كذا وكذا، فإنْ جاوزتُهُ فلك كذا وكذا زيادةً ـ وسَمّى ذلك ـ قال: «لابأسَ به كُلّه»[4]، وصورة التنازع توافقها في طريقِ الحُكم.

ومن أنّه بالترديد فيه لم يَعلم كُلٌّ منهما ماوجَبَ له وعليه، فيؤدّي إلى الغررِ فتَبطُل؛ ولجريانه[5] مَجْرى البَيع بثمنَينِ نقداً ونَسيئةً.

والأوّلُ مذهبُ الشيخ في المبسوط[6] والخلاف، في الفارسي والرومي. وفَسَّر الروميَ بالدرزينِ والفارسيَ بالدرز الواحد[7]، وفي الخلاف في الأخير أيضاً[8]. وأمّا المبسوط فقال فيه: له المسمّى إنْ خاطهُ في يومِهِ، وأُجرةُ المثلِ إنْ خاطهُ في غَدِهِ مالم يَزِدْ عن مسمّى اليوم، أو ينقُصْ عن مسمّى الغدِ[9]. وهو بعيدٌ.

---

١. هكذا في جميع نسخ الإرشاد وغاية المراد والصحيح ـ كما في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤٢؛ وقواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨٤ ـ «إنّ عملته اليوم فدرهمان وغداً درهمٌ».

٢. تقدّم ذكر مآخذها في ص ١٨٣، الهامش ٢.

٣. الخلاف، ج ٣، ص ٥٠٩، المسألة ٣٩.

٤. الكافي، ج ٥، ص ٢٨٩، باب الرجل يكتري الدابة ...، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٤، ح ٩٣٨.

٥. هكذا في «س، ع»، وفي غيرهما من النسخ «بجريانه».

٦. المبسوط، ج ٣، ص ٢٥٠.

٧. فسّرَ الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٥١٠، المسألة ٤٠.

٨. الخلاف، ج ٣، ص ٥٠٩، المسألة ٣٩.

٩. المبسوط، ج ٣، ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

● الرابعُ: العلمُ بالأُجرة، إمّا بالكيلِ أو الوزنِ، وتكفي المشاهَدةُ فيهما على إشكالٍ وفي غيرِهما، ومع الإطلاقِ أوِ اشتراطِ التعجيلِ فهي معجّلةٌ. وإلّا بحسبِ الشرطِ إمّا في نَجْمٍ أو أزيدَ بشرطِ العلمِ.

والشيخُ نَجمُ الدين جعل الثانيةَ فرعاً على الأُولى، واختارَ مختارَ الخلافِ [١].

والثاني: مذهبُ ابن إدريسَ [٢] والمصنِّفِ في المختلفِ، إلّا أنّ ابن إدريسَ قال: لو قيل إنّه جُعالةٌ كان قويّاً. وردّه المصنِّفُ في المختلف [٣]؛ بأنّ الجُعالة تفتقرُ إلى تَعيينِ الجُعلِ أيضاً فتبطل. ويشكل بما أنّه معلومٌ على كُلّ من التقديرَين؛ غايتُهُ الجهلُ بالواقع من العملَين، وذلك لا يُخرِجُ الجُعالةَ عن الصِحّةِ، فإنّ مناطَها الجَهالةُ في العملِ.

قوله ﷺ: «الرابع: العلمُ بالأُجرة، إمّا بالكيلِ أو الوزنِ، وتكفي المشاهدةُ فيهما على إشكالٍ».

أقول: يُريدُ بقوله: «فيهما» أي في المَكيلِ والموزون، ووجه الاكتفاء، من أصالة صِحّة العقدِ، وزوالِ مُعظم الغررِ بالمشاهدةِ. ووجه عدمِهِ أنّها معاملةٌ يجب فيها العلمُ بالعوضِ كالبَيعِ؛ والمشاهدة لا تُزيلُ الغَرَرَ؛ لأنّ الشارعَ إنّما قدَّرَ ذلك بالكيلِ أو الوزنِ مع علمه بحصولِ المشاهَدَةِ.

وبالجملةِ، إذا كان المدارُ على الغَررِ احتيجَ إلى تفسيره.

قال الجوهري:

الغررُ: الخَطَر. ونهى رسولُ اللهِ ﷺ عن بَيع الغرر [٤]، وهو [مثل] بَيعِ السَمَكِ في الماءِ، والطَيرِ في الهواءِ [٥].

قلت: الحديث ورد في البَيعِ، والإجارةُ محمولةٌ عليه، أمّا عند بعض العامّة فلأنّها بَيعٌ [٦]،

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤٢.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٤٧٨: وإنْ قلنا: هذه جُعالةٌ كان قويّاً.

٣. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٣٠، المسألة ٣١.

٤. تقدّم تخريجه في ص ٣٨، الهامش ٢.

٥. الصحاح، ج ٢، ص ٧٦٨، «غرر».

٦. راجع المهذّب، الشيرازي، ج ١، ص ٣٩٥؛ المغني، ابن قدامة، ج ٨، ص ٧.

ولو وَجد بها عَيْباً تخيَّر بينَ الفسخِ والعِوضِ إنْ كانتْ مطلقةً، وبينَ الفسخ والأرشِ إنْ كانتْ معيَّنةً.

● ويجوزُ أنْ يؤجِرَ ما اسْتأجَرَهُ أو بعضَه بأكثرَ من مالِ الإجارةِ، ولا يجوزُ بأكثرَ منه مع التساوي جنساً، إلّا أنْ يُحدِثَ فيه حدثاً، أو يُقبِّلَ غيرَه بأنقصَ ممّا تَقَبَّلَ بِعَمَلِه، إلّا مع الحدثِ على رأي.

وأمّا عندنا فلا يتأتّى إلّا من طريق اتّحادِ المسألتين. وحينئذٍ هل يُشترطُ انتفاءُ حقيقةِ الخَطَر، أو يكفي انتفاءُ مُعظمِهِ؟ وعليه يتفرّعُ القولانِ على ما ذكروهُ.

والأوّلُ: مذهب الشيخِ في المبسوطِ [1]، واستحسنهُ نَجمُ الدين [2].

والثاني: مَذْهَبُ ابن إدريسَ [3]، وهو مفهومٌ من كلام النهاية [4].

قوله ﷺ: «ويجوز أنْ يؤجِرَ ما استأجرَهُ أو بعضَه بأكثرَ من مالِ الإجارةِ، ولا يجوز بأكثرَ منهُ مع التساوي جنساً، إلّا أنْ يُحدِثَ فيه حدثاً، أو يُقبِّلَ غيرَهُ بأنقصَ ممّا تقبَّل بِعَمَلِهِ، إلّا مع الحدثِ على رأي».

أقول: أي ولا يجوز أنْ يُقبِّلَ غيرَهُ بأنقصَ ممّا تَقَبَّل بِعَمَلِهِ، إلّا أنْ يُحْدِثَ فيه حدثاً.

والخلاف هنا في مسألتَين:

الأُولى: هل يجوزُ أنْ يؤجِرَ الشيء بأكثرَ ممّا استأجره به مع عَدَمِ الحدثِ؟ مَنَعَ منه الصدوقُ [5] والشيخ [6] وأبو الصلاحِ [7]، والقاضي في المهذّب [8]؛ لأنّه ربا، ولما رواهُ الحلبي في الحسن عن الصادق ﷺ في الرجلِ يَستأجر الدارَ، ثمّ يُؤجِرها بأكثرَ ممّا استأجرها به

---

١. المبسوط، ج ٢، ص ٢٢٣: إذا باع شيئاً بثمن جزاف جاز إذا كان معلوماً مشاهداً، وإن لم يعلم وزنه.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤١.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٤٥٩.

٤. النهاية، ص ٤٤٣: الإجارة لاتنعقد إلّا بأجل معلوم ومال معلوم.

٥. المقنع، ص ٣٩٢.

٦. النهاية، ص ٤٤٥؛ المبسوط، ج ٣، ص ٢٢٦.

٧. الكافي في الفقه، ص ٣٤٦.

٨. المهذّب، ج ١، ص ٥٠٢.

ولو شَرطَ إسقاطَ البعضِ إنْ لم يَحمِلْهُ إلى الموضعِ المعيّنِ في الوقتِ المعيّنِ

قال: «لا يصلح ذلك إلّا أنْ يُحدِثَ فيها شيئاً»[١]؛ ولرواية أبي بصير قال: قال أبوعبدالله ﷺ: «إنّي لأكرَهُ أنْ أستأجِرَ رحىً وَحدَها ثمّ أُوجِرُها بأكثرَ ممّا استأجرتُها، إلّا أنْ يُحْدِثَ فيها حدثاً أو يَغرَمَ فيها غرامةً»[٢].

وقال سلّار[٣] وابنُ إدريسَ[٤] وسديدُ الدينِ: بالكَراهية[٥]. واختارهُ المُصنِّفُ في المختلفِ[٦]؛ للأصلِ؛ ولأنّه مَلَكَ المنفعةَ فَصحَّتِ المُعاوَضَةُ المُطلقةُ عليها، لتسلُّطِ الإنسانِ على مالِهِ، والربا ممنوعٌ، لعدم صدقِ حدِّه، أعني المُعاوضةَ على المقدَّرينِ مع الزيادةِ عيناً أو حُكماً، فإنّ التعويض هنا ليس إلّا على المنفعةِ لا على مالِ الإجارةِ؛ إذ مالُ الإجارةِ ليس مِلكاً للمعوِّض؛ ولِما رواهُ أبو المغرا في الحسن عن الصادق ﷺ في الرجل يستأجر الأرضَ ثمّ يؤاجرها بأكثرَ ممّا استأجرها فقال: «لا بأس إنّ هذا ليس كالحانوتِ ولا الأجير. إنّ فضلَ الحانوتِ والأجيرِ حرامٌ»[٧].

واعْلَمْ أنّ رواياتِ أصحابنا دالّةٌ على المَنعِ في البَيت والخانِ والأجيرِ[٨]، لا على المنع في غيرِها فينبغي الاقتصارُ على موردِ المنعِ، وهو ظاهرُ مَذهبِ نجمِ الدين في الشرائع، حيث عَدَّ الثلاثة خاصّةً[٩]. وهو حسنٌ.

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٧٣، باب الرجل يستأجر الأرض أو الدار ...، ح ٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٠٤، ح ٨٩٩.

٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٧٣، باب الرجل يستأجر الأرض أوالدار ...، ح ٩، وفيه: «حدث» بدل «حدثاً»؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٠٤، ح ٩٠٠.

٣. المراسم، ص ١٩٥: وأن لا يؤجر المستأجر ما استأجر من غيره بأكثرَ ممّا استأجره إلّا أن يكون قد أحدث فيه مصلحة؛ ونسب الكراهية إليه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٠٩، المسألة ٧.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٤٦٢.

٥. حكاه عنه ولده العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٠٩، المسألة ٧.

٦. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٠٩، المسألة ٧.

٧. الكافي، ج ٥، ص ٢٧٢، باب الرجل يستأجر الأرض أو الدار ...، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٠٣، ح ٨٩٥؛ الاستبصار، ج ٣، ص ١٢٩، ح ٤٦٤.

٨. راجع وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١٢٤ ـ ١٣٠، باب ١٩ ـ ٢٢.

٩. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤٢.

صحّ، ولو شرط إسقاطَ الجميعِ بطل.

ويستحِقُّ الأجيرُ الأُجرةَ بالعملِ وإنْ كان في ملكِه، ولا يتوقّف على التسليمِ.

الثانية: إذا تقبّل عملاً بعشرةٍ ـ مثلاً ـ هل يجوز أنْ يُقبّلَه غيرَه بأنقصَ؟ مَنعَ منه الشيخُ [١]، ونَجمُ الدين [٢]؛ لما رواهُ أبو حمزةَ ـ في الصحيح ـ عن الباقر ﷺ قال: سألتهُ عن الرجلِ يتقبّل العملَ فيقطعُه ويُعطيه من يخيطُهُ ويَستفضل، قال: «لا بأس قد عَمِلَ فيه» [٣]، وهي دالّةٌ بمفهومها على المراد، وما رواهُ الشيخُ في التهذيب بإسنادِهِ إلى عليّ بن الصائغ قال: قلت: لأبي عبدالله ﷺ: أتقبّلُ العملَ ثمّ أُقبّله من غِلمانٍ يعملون معي بالثُلثينِ، فقال: «لا يصلح ذلك إلّا أنْ تُعالج معهم فيه»، قلت: فإنّي أُذيبه [٤] لهم، قال، فقال: «ذلك عملٌ فلا بأس» [٥].

واعْلَمْ أنّ المسألة مفروضةٌ في الإجارة المُطلقةِ، أمّا إذا عُيّن العاملُ فلابحث في المنعِ والضَمانِ لو سلّم العينَ، ولا ضمان في المُطلَقةِ بالتسليمِ؛ لصحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه ﷺ في عدم ضَمانِ الدابّةِ المستأجَرةِ بالتسليمِ إلى الغير [٦]. وصورة النزاع أولى. وابنُ إدريسَ أوجبَ الضَمانَ [٧]، وابنُ الجُنَيْد نفى الضَمان إنْ سلّم إلى أمينٍ [٨].

---

١. النهاية، ص ٤٤٦ قال: والصانع إذا تقبّل عملاً بشيء معلومٍ جاز له أن يُقبّله لغيره بأكثر من ذلك؛ إذا كان قد أحدث فيه حدثاً. وظاهر العبارة كما ترى خلاف ما نسب إليه، ولكن ابن إدريس فسّر كلامه في السرائر، ج ٢، ص ٤٦٦، بأنّ مراده «بأكثر» «الأقلّ»، وارتضاه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١١٥، المسألة ١٢؛ وللمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ١٢٩ ـ ١٣٠.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٠، ح ٩٢٤، هذه الرواية لمحمّد بن مسلم عن أحدهما ﷺ؛ ورواية أبي حمزة عن الباقر ﷺ في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٠، ح ٩٢٣.

٤. قال المجلسي في روضة المتّقين، ج ٧، ص ٢٠٤: أدنيه أي أقربه، وبخطّ الشيخ «أُذيبه» وهو أنسب، وفي بعض النسخ «أدبيه» ... والكلّ يرجع إلى عمل.

٥. الفقيه، ج ٣، ص ٢٥١ ـ ٢٥٢، ح ٣٩١٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١١، ح ٩٢٧، في تهذيب الأحكام بدل «أدليه»: «أذيبه» وفي الفقيه: «أدنيه».

٦. الكافي، ج ٥، ص ٢٩١، باب الرجل يكتري الدابّة ...، ح ٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٥، ح ٩٤٢.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٤٦٧.

٨. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١١٥، المسألة ١٢.

وكلُّ موضعٍ يَبطلُ فيه العقدُ تثبتُ فيه أُجرةُ المثلِ معَ استيفاءِ المنفعةِ أو بعضِها، زادتْ عن المسمّى أو نقصَتْ.

ويُكرهُ الاستعمالُ قبلَ المقاطَعةِ.

الخامسُ: إباحةُ المنفعة، فلوِ استأجر المسكنَ لإحرازِ الخمرِ، والدابَّةَ لحمله، والدُكّانَ لبَيعه بطل.

السادسُ: القدرةُ على تسليمِها، فلو آجره الآبقَ لم يصِحّ، ● ولو منعَهُ المؤجِرُ سقطتْ، والأقربُ جوازُ المطالبةِ بالتفاوت، ولو منعه ظالمٌ قَبْلَ القبضِ تخيّر في الفسخِ والرجوعِ على الظالِم، ولو كانَ بعدَه لم يبطَل وله الرجوعُ على الظالِم خاصّةً.

قوله ﴿: «ولو منعَهُ المؤجرُ سقطتْ، والأقربُ جوازُ المطالبةِ بالتفاوتِ».

أقول: يُريدُ لوكانت أُجرةُ المِثلِ ـ والحالُ هذِهِ ـ أكثرَ من المسمّى، فللمستأجر مطالَبةُ المالك بالزائِدِ أيضاً على الأقرب؛ لاستقرارِ ملكِ المستأجر على المنفعةِ، وتَعدّي المالكِ، فَجَرى مجرى ما لو منعهُ أجنبيٌ.

ويُحتَمَلُ ضعيفاً عَدمُ جواز مطالبته بالزائدِ؛ لأنّه لمّا امتنعَ من تسليمها جَرت مَجرى التالفةِ، فكما أنّهُ مع التلفِ ليس له إلّا الأُجرةُ المُسمّاةُ فكذا هنا؛ ولأنّ القبضَ شرطٌ في استمرار الصحّةِ، لحصول ضدّها عند عدمِهِ في التلفِ، فإذا انتفى انتفت، فكان له المسمّى.

واستُدِلَّ بأنّه لوضمن المؤجر ولم يُسقِط حَقَّهُ من مال الإجارة لكان مع إتلافه للمنفعةِ مُطالِباً ببدلها، فيجمع له بين البدلِ والمُبدل وأنّه مُحالٌ[1].

وهو مغالطَةٌ؛ لأنّه مُطالِبٌ مع ذلك ببذلٍ آخرَ للمنفعةِ فلم يجمعا له، كجناية البائع على المبيعِ في الأصحّ قبل القَبض وجنايتِه على عَينِهِ المرجوعِ فيها بالإفلاسِ قبل الرجوعِ، فإنّ كلّاً منهما مُطالبٌ. ثمّ إنّ المُصنِّفَ (روّحَ الله رَمْسَهُ) في القواعدِ[2] جوّزَ للمستأجر الفسخَ أيضاً بصريح اللفظ، وظاهرُ كلامِهِ هنا؛ لأنّه تعذّرَ عليه المُبدَل، فله الانتقال إلى البدل.

---

١. قال فخر الدين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٥٤: احتجّ الشيخ بأنّه لايعقل وجوب عوض ما أتلفه هو على غيره له؛ لأنّه يلزم الجمع بين العوض والمعوض وهو محالٌ ولكن لم نجده في كتب الشيخ.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨٩.

ولَوِ انْهدم المسكَنُ فله الفسخُ، فيرجعُ بنسبةِ المتخلّف إلّا أنْ يُعيدَه المالكُ، وليس له الإلزامُ بالعِمارةِ ولا الانْتزاعُ من الغاصبِ وإنْ تمكَّنَ.

المطلبُ الثاني في الأحكامِ

الإجارةُ عقدٌ لازمٌ مِنَ الطرفين لا تَبْطُلُ إلّا بالتقايُلِ، أو أحدِ أسبابِ الفَسخِ، لا بالبَيعِ والعُذْرِ مع إمكانِ الانْتفاعِ، ● ولا بالموتِ من المؤجِرِ والمستأجِرِ على رأي، ولا بالعتقِ.

قوله ﷺ: «ولا بالموتِ من المؤجِرِ والمستأجر على رأي».

أقول: للأصحابِ في بطلانِ الإجارة وعدمه بالموتِ، ثلاثةُ أقوالٍ:

الأوّل: أنّها لا تَبطلُ بموت أيّهما كان، كما اختارَهُ المُصنِّفُ، وهو مذهبُ أبي الصلاح [1] ونجمِ الدين [2] وابن إدريسَ، ونقله عن المرتضى في المائتين من الناصريّات [3]. قال المُصنِّفُ: وليس فيه تصريحٌ بمطلوبِهِ بل هو دالٌّ على أنّ موت المستأجر لا يَبطِلُ؛ لأنّه قال في العُمرى: يَرِثُونَ المنافعَ كما يَرِثونَ الإجارةَ [4].

قلت: الظاهرُ أنّ ابن إدريسَ نَظَرَ إلى أنّ القولَ الرابعَ لم يَقُل به أحدٌ؛ فإنّ كُلَّ مَن لم يُبطِلْها بموتِ المستأجر لم يُبطِلْها بموتِ المؤجر. أمّا عكسه فقدَ قيل بِهِ [5].

احتجُّوا بأنّ عَقْدَها ناقلٌ للمنفعةِ إلى المستأجِرِ، والأُجرةِ إلى المؤجر، فيكون ماكانَ لِكُلٍّ منهما لورثتِهِ؛ لعموم الآية [6]؛ وأصالة بقاء ماكان على ما كان؛ وبرواية عليّ بن يقطين

---

١. الكافي في الفقه، ص ٣٤٨.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٤٠.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٤٤٩ و ٤٦٠؛ وراجع المسائل الناصريّات، ص ٤٣٦، المسألة ٢٠٠.

٤. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٠٧، المسألة ٦.

٥. قال في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٢٥ (الطبعة الحجريّة): قال بعض علمائنا: تبطل بموت الموجر خاصّةً دون المستأجر.

٦. أي عموم آيات الإرث، منها في سورة النساء (٤): ٧: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾.

....

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجلِ يَتكارى من الرجل البيتَ أو السفينةَ سنةً أو أكـثرَ أو أقلَّ، فقال: «الكِراءُ لازمٌ له إلى الوقت الذي يتكارى إليه»[١]، ومثله ما رواه محمّد بن سهلٍ عن أبيه عن أبي الحسن عليه السلام في الرجلِ يتكارى من الرجلِ البَيتَ أو السفينةَ سنةً أو أكثر أو أقلَّ، قال: «كِراؤه لازمٌ إلى الوقتِ الذي تكاراه إليه»[٢]. واللزوم أعمُّ منه في الحياةِ والمماتِ بالنسبة إليهما.

الثاني: أنّها تَبطُلُ بموت أيِّهما كان، وهو مذهب الشيخ في الخلافِ[٣] وابنِ البرّاج[٤] وابن حمزةَ[٥] محتجّين بالإجماع، وبأنّ المستأجرَ دخل على استيفاء المنفَعَةِ من مِلكِ المؤجرِ فلا يَستوفيها من ملكِ غَيره.

وأطلَقَ الشيخُ ـ في النهاية[٦] ـ والمفيدُ[٧] وسلّار البطلانَ بالموتِ[٨].

الثالث: أنّها تَبطُلُ بموت المُستأجِر لا المؤجِر، وهو الذي نقلهُ الشيخ في الخلافِ عن بعضِ أصحابِنا، ونسبَهُ إلى الشُذُوذِ[٩]، وفي المبسوطِ جعلَهُ هو الظاهرُ عندهم[١٠]، وقال ابنُ الجُنَيد: ولو ماتَ المستأجِرُ قام ورثتُه مقامَه[١١]، وهو ظاهرٌ مِنْ كلامِ المرتضى على ما تَقدَّمَ[١٢].

---

١. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٢، باب الرجل يتكارى البيت والسفينة، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٥١، ح ٣٩١٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٠٩ ـ ٢١٠، ح ٩٢٠.
٢. الكافي، ج ٥، ص ٢٩٢، باب الرجل يتكارى البيت والسفينة، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١٠، ح ٩٢١.
٣. الخلاف، ج ٣، ص ٤٩١، المسألة ٧.
٤. المهذّب، ج ١، ص ٥٠١ ـ ٥٠٢.
٥. الوسيلة، ص ٢٦٧.
٦. النهاية، ص ٤٤٤.
٧. المقنعة، ص ٦٤٠.
٨. المراسم، ص ١٩٦.
٩. الخلاف، ج ٣، ص ٤٩١ ـ ٤٩٢، المسألة ٧.
١٠. المبسوط، ج ٣، ص ٢٢٤.
١١. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٠٧، المسألة ٦.
١٢. تقدّم قُبيلَ هذا.

● ولا يَرجع العبدُ بما بعد العِتقِ، ونَفقتُه على مولاه على إشكالٍ، وتبطل بالبلوغِ. وتصِحُّ إجارةُ كلِّ ما تصِحُّ إعارتُه، والمشاعِ.

ثمّ إنّ المُصنِّفَ استدرك البطلانَ بموتِ المؤجرِ إذا كان وقفاً [1]، وزادَ آخرَ إذا لم يكن ناظراً [2]، وهو في الحقيقةِ غير المتنازع؛ لأنّ الأوّلَ في معنى انقضاءِ المُدّة والثاني في معنى النائب.

قوله ﷺ: «ولا يَرجِعُ العبد بما بعد العتقِ، ونفقتُهُ على مولاهُ على إشكالٍ».

أقول: يُريدُ لو آجر عبدَهُ ثمّ أعتقه فإنّ الإجارة لا تبطُلُ؛ لثبوتِها حالَةَ المِلكِ، ولا يَرجِعُ العبدُ بما بعدَ العِتقِ على أحدٍ؛ لانتقالِ ملكِ المنافعِ إلى المُستأجِر، وثبوتِ ملكه عليها، وثبوتِ ملك المؤجر على مالِ الإجارةِ؛ ولأصالة براءة الذمّة؛ ولأنّ السيِّدَ إنّما مَلَّكَهُ نفسَه مَسلوبَ المَنفعةِ فكان كما لو شَرطَ عليه الخدمةَ وقتاً معلوماً. وحكى الشيخُ في المبسوطِ [3] وابن إدريسَ فيه قولينِ، الرجوعَ على السيِّد وعدمَه [4].

ويُمكِنُ رجوعُ الإشكال إلى ما ذكرناهُ، وقدبيّنّ وجهُ الاحتمال الأقوى منه.

ويُحتمَلُ جوازُ الرجوعِ على السَيّدِ؛ لأنّا بيّنّا دخولَ هذه المُدّة في ملكِهِ، فيضمنها له للحيلولة [5].

وأمّا وجهُ الإشكال في وجوبِ النفقةِ على مولاه؛ فلأنّه بالعتق خرج عن ملكه المقتضي لوجوبِ الإنفاق فيزول الوجوبُ، ومن أنّه استوفى عوضَ منافِعه ولاسبيلَ إلى وجوبِ الإنفاقِ على المستأجرِ؛ لعدم إيجابِ الإجارةِ النفقةَ عليه ولا يُمكِنُ العبدُ تحصيلَها؛ لاستغراقِ وقته، فلم يبقَ إلّا الوجوبُ على السَيّدِ. ويُحتمَلُ أنْ تكون نفقتُه في بيتِ المالِ.

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨١ ـ ٢٨٢.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٢٥ (الطبعة الحجريّة): وأمّا إذا آجر المتولّي الناظر في الوقف فإنّه يصحّ ولا تبطل الإجارة بموته ولا يؤثّر موته في الإجارة؛ لأنّه ناظرٌ للجميع.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٢٣٩.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٤٧٢.

٥. لاحظ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٤٧.

والمستأجِرُ أمينٌ لا يضمَنُ إلّا بالتفريطِ أو التعدّي أو تسليمِ العينِ بغيرِ إذنٍ، لا بالتضمينِ.

ويصحُّ خيارُ الشرطِ فيها. ولو وجد بالعَينِ عَيْباً فَسَخ أو رضيَ بالأُجرةِ بكمالِها وإنْ فاتتْ به بعضُ المنفعةِ.

ويجبُ على المستأجِرِ سقيُ الدابّةِ وعلفُها، فلو أهملَ ضَمِنَ، والقولُ قولُه في القيمةِ مع التفريطِ.

ويضمَنُ الصانعُ كالقصّارِ بحَرقِ الثوبِ أو بِخَرْقِه، والطبيبُ والختّانُ والحَجّامُ وغيرُهم وإنْ كان حاذِقاً واحْتاطَ واجْتهدَ. ولو تَلِفَ في يدِه منْ غيرِ سببِه فلا ضمانَ.

ولا يضمَن الملّاحُ والمُكاري إلّا بالتفريطِ.

وضَمانُ ما يُفسِدُه المملوكُ على مولاه المؤجِرِ.

ولا يضمَنُ صاحبُ الحمّامِ إلّا ما يُودَعُ ويُفرِّطُ فيه.

ونفقةُ الأجيرِ المُنفذِ في الحوائجِ على المستأجِرِ إلّا مع الشرطِ.

ولا يضمَن الأجيرُ لو تسلّمه صغيراً وكبيراً، حرّاً و عبداً، ولو أمرَه بعملٍ له أُجرةٌ بالعادةِ فعليه الأُجرةُ، وإلّا فلا.

والقولُ قولُ منكرِ الإجارةِ، وزيادةِ المدّةِ، والمستأجِرِ، والردِّ، ومنكرِ زيادةِ الأُجرةِ، والتفريطِ؛ وقولُ المالكِ لو ادّعى قَطْعَهُ قَباءً وادّعى الخيّاطُ قَميصاً.

وكلُّ ما يتوقّفُ استيفاءُ المنفعةِ عليه فعلى المؤجِرِ، كالخيوطِ على الخيّاطِ، والمِدادِ على الكاتبِ.

وعلى المؤجِرِ تسليمُ المِفتاحِ، فإنْ ضاع فلا ضَمانَ، وليس على المؤجِرِ إبدالُه.

ولو عدل مِنَ الزرعِ إلى الغَرْسِ تعيَّنَ أُجرةُ المثلِ، ولو عَدل مِنْ حَملِ خمسين رطلاً إلى مائةٍ تعيَّنَ المُسمّى وطَلَبُ أُجرةَ المثل للزيادةِ، ولو عدل مِنَ الأثقَلِ ضَرراً إلى الأخَفِّ لم يكن له الرجوعُ بالتفاوت.

ولَوِ اشتأجر دابّةً معيَّنةً للرُكوبِ فَتَلِفتْ انْفسختْ، ولَوِ اشتأجر للركوبِ مطلقاً

لم تَبْطُلْ، وله أن يَركَبَ ويركِّبَ مثلَه إلّا مع التخصيص.

ويجوزُ للمستأجِر أنْ يؤجِرَ المالكَ، ● ولو باع على المستأجِر صحّ، والأقربُ بطلانُ الإجارةِ على إشكالٍ.

قوله ﷺ: «ولو باع على المستأجِرِ صَحَّ، والأقربُ بُطلانُ الإجارةِ على إشكالٍ».

أقول: يَنشأُ من احتمال المنافاةِ بين الإجارة والبَيع؛ إذِ البَيعُ واردٌ على محلِّها؛ ضرورةَ تبعيّة المنفعةِ للعينِ المملوكة بالبَيعِ، ولا يُمكِنُ بقاءُ الإجارةِ؛ وإلّا لاجتَمعَ على المعلولِ الشَخصي علّتانِ، كما لا يُمكِنُ الجمعُ بين المِلكِ والنكاحِ؛ ومن أنّ البَيعَ وإنْ اقتضى مِلكَ المَنفعةِ إلّا أنّه هنا تخلّف لمانعٍ وهو سَبقُ ملكِها، فجرى مجرى ما لو باعَ على أجنبي.

والأقربُ عند المُصنِّفِ هنا ـ على مايلوحُ من كلامه ـ الأوّلُ؛ لأنّ مِلكَ الرَقَبة مُقتضٍ لحدوثِ المنافعِ على ملكِهِ بالتَبَعيّةِ، وإذا مُلِكَتِ المنافعُ لم يبقَ عليها عقدُ إجارةٍ. وقَرَّبَ في القواعد[١] الثاني؛ إجراءً للمنفعَةِ مجرى الثَمرةِ غيرِ المؤبرة المتَقدِّمِ مِلكُها على مِلكِ الأصلِ؛ فإنّه لولا التقدُّمُ لاقتضاها مِلكُ الأصلِ.

والتَمثيلُ بالنكاحِ ثَمّ المِلكِ المنظور فيه؛ لأنّ موردَ البَيعِ وإنْ كان الرقَبَة في الموضعين، إلّا أنّه في النكاحِ أقوى؛ ولهذا يَجوزُ للسيِّدِ حَبسُ الأمةِ المزوَّجَة نهاراً وإنْ قَبضَ الصَداقَ، بخلاف الإجارة. ومن ثَمَّ لو غُصب البُضعُ بالزنى أو وُطئت بالشُبهةِ كان المَهرُ للسيِّدِ، بخلاف غَصبِ منفعةِ العينِ المُستأجَرةِ فإنّه للمُستأجِرِ.

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨١ ـ ٢٨٢؛ وللمزيد راجع إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٤٤؛ وجامع المقاصد، ج ٧، ص ٩٠.

المقصدُ الثاني في المزارَعةِ والمساقاةِ

وفيه مطلبانِ:

[المطلبُ] الأوّلُ: [المزارعَةُ]

المزارَعةُ عقدٌ لازمٌ مِنَ الطرفينِ، والإيجابُ «زارعتُك» أو «ازْرَعْ هذه» أو «سلَّمتُها إليك ـ وما شابهه ـ مدّةً معيّنةً بحصّةٍ معلومةٍ من حاصِلها»، والقبولُ «قبلتُ».

ولا تبطلُ إلّا بالتفاسخِ لا بالموتِ والبيعِ.

وشرطُها شياعُ النماءِ، وتعيينُ المدّةِ، وإمكانُ زَرْعِ الأرضِ.

فلو شَرط أحدُهما النَماءَ لنفسِه أو نوعاً مِنَ الزَرْعِ أو قَدْراً مِنَ الحاصِلِ والباقي بينهما بطل، ولو شرط أحدُهما شيئاً مِنْ غَيرِ الحاصِلِ جاز.

ولا يجوزُ إجارَةُ الأرضِ للزِراعةِ بالحِنْطةِ والشَعيرِ ممّا يخرُجُ منها.

ولو مضتِ المدّةُ المشترَطَةُ والزرعُ باقٍ فللمالكِ إزالتُهُ، سَواءٌ كان بتفريطٍ مِنَ الزارِعِ، أو بسببِه تعالى كتغيّرِ الأهويةِ وتأخُّرِ المياهِ.

ويجوزُ التبقيةُ مدّةً معلومةً بالعِوضِ، ولو شرطا في العقدِ تأخيرَه إنْ بقيَ بعدَها بطل.

ولو أهمل الزِراعَةَ حتّى خرجتِ المدّةُ لَزِمَهُ أُجرةُ المثلِ.

ولو زارع على ما لا ماءَ له بطل إلّا مع علمه؛ ولَوِ انقطَعَ في الأثناءِ تخيَّر العاملُ، فإنْ فسخ فعليه أُجرة ما سَلَف.

وله زَرْعُ ماشاءَ مع الإطلاقِ، ولو عيَّن فزَرَعَ الأضرَّ تخيَّر المالكُ في الفسخِ فيأخذُ أُجرةَ المثلِ، أو الإمضاءِ فيأخذُ المُسمّى مع الأرشِ.

ولو شرط الزَرْعَ والغَرْسَ افْتقر إلى تعيينِ كُلٍّ منهما، وكذا الزَرعين متفاوِتَيِ الضررِ.

وللعاملِ المشاركةُ وأنْ يعاملَ مِنْ غيرِ إذنٍ، ولو شرط التخصيصَ لم يجز التعدّي.

والقولُ قولُ منكرِ زيادةِ المدَّةِ، وقولُ صاحبِ البَذرِ في الحصَّةِ، ● وقولُ المالكِ في عدمِ العاريةِ، فتثبت الأُجرةُ مع يمينِ الزارعِ على انْتفاءِ الحصَّةِ، والوجهُ الأقلُّ، وللزارعِ التَبْقيَةُ.

ولَوِ ادَّعى المالكُ الغصبَ طالب بالأُجرةِ، والأرشِ، وطَمِّ الحُفَرِ، والإزالةِ.

والخَراجُ على المالكِ إلّا مع الشرطِ.

وللمالكِ أُجرةُ المثلِ في كلِّ موضعٍ تبطل المزارَعة.

ويجوزُ الخَرْصُ ويستقرُّ بالسَلامةِ.

ولو كان الغَرسُ يبقى بعدَ المدَّةِ فعلى المالكِ الإبقاءُ، أوالأرشُ لوأزاله.

ولو كان مِنْ أحدِهما الأرضُ ومِنَ الآخرِ البذرُ والعملُ والعواملُ، أو مِنْ أحدِهما الأرضُ والبذرُ ومِنَ الآخرِ العملُ، أو مِنْ أحدِهما الأرضُ والعملُ ومِنَ الآخرِ البذرُ صحّ بلفظِ «المزارَعةِ».

ولو آجره بالحصَّةِ بطل.

قوله ﷺ: ـ في المُزارعة ـ: «وقول المالِك في عدم العاريةِ، فتثبت الأُجرةُ مع يَمينِ الزارعِ على انتفاءِ الحصّةِ، والوجهُ الأقلّ».

أقولُ: هنا دَعوَيانِ، فيَتحالَفانِ، وقيل: بل يُقرَعُ بينهما [١]، وعلى تقديرِ التَحالُفِ تثبت للمالك أجرةُ المِثلِ، والوجهُ أنّه يلزمه أقلُّ الأمرَينِ ممّا ادَّعاهُ ومن أُجرةِ المِثلِ. أمّا إذا كانت أقلَّ فظاهر؛ لأنّه الثابتُ له في الظاهِرِ، وأمّا إذا كان المدَّعى أقلَّ؛ فلأنّه يَعترِفُ بأنْ لاحقَّ له عندهُ سِواهُ، والزائدُ ظلمٌ.

---

١. والقائل الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٢٦٦: إذا زرع رجلٌ أرض غيره ثمّ اختلف هو وربُّ الأرضِ، فقال الزارع: أعرتنيها، وقال ربّ الأرض: بل أكريتكها، وليس مع واحد منهما بيّنة، فالقول قول ربّ الأرض مع يمينه، وقال قوم: إنّ القول قول الزارع، والأوّل أقوى ...، والأحوط أن يستعمل القرعة.

المطلبُ الثاني: المساقاةُ

وفيه مقامانِ:

[المقامُ] الأوّلُ في الأركان

وهي أربعةٌ: العقدُ، والمحلُّ، والمدَّةُ، والفائدةُ.

وصيغةُ الإيجابِ «ساقيتُك» أو «عاملتُك» أو «سلّمتُ إليك» وشبهُه.

وهي لازمةٌ لا تَبطُل بالموتِ ولا البيعِ بل بالتقايلِ، وتصِحُّ قبلَ ظهورِ الثمرةِ وبعدَها إنْ ظهر للعملِ زيادةٌ.

وأمّا المحلُّ فهو كلُّ أصلٍ ثابتٍ له ثمرةٌ يُنتفعُ بها مع بقائه كالنخلِ والشجرِ، ● وفي التوتِ والحِنّاءِ نظرٌ، وإنّما تصحُّ إذا كانتِ الأشجارُ مرئيّةً.

ولو ساقاه على وَدِيٍّ غيرِ مَغروسٍ ففاسدٌ، ولو كانَ مغروساً وقُدِّر العملُ بمدَّة لا يُثمر فيها قطعاً أو ظنّاً أو تساوي الاحتمالانِ بطل.

قوله ﷺ: ـ في المُساقاةِ ـ: «وفي التوتِ والحِنّاءِ نظرٌ».

أقول: في جوازِ المُساقاةِ على التوتِ[1] والحِنّاءِ ومالَهُ وَرَقٌ يُنتَفَعُ به نَظرٌ؛ منشؤهُ النظرُ إلى أصالةِ الجوازِ؛ ولأنّ المقصودَ بالمُساقاةِ هو حصولُ الفائدةِ بها للعاملِ والمالكِ، وهي موجودةٌ هنا. والالتفاتُ إلى أنّ الأصلَ بقاءُ المِلكِ على مالِكِه، إلّا بما يتحقّق خروجُه به عنه، ولم يتيقّن سِوَى الثِمارِ، فيبقى ما عَداها على الأصلِ؛ أو لأنّها معاملة على مجهولٍ فيَصحّ في موضعِ الإجماعِ، وهو مذهبُ الشيخِ في المبسوطِ[2]، ولعلّ الأقربَ الأوّلُ، وفي حُكمِهِ ما يُقصَد وَرَقُهُ.

---

١. المراد بالتوت هنا التوت الذَكر. قال العلّامة في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٤٤ (الطبعة الحجريّة): وأمّا التوت الأُنثى فتجوز المساقاة عليه عندنا... وأمّا التوت الذكر وما أشبهه ممّا يقصد ورقه، كالحِنّاء وشبهه ففي جواز المساقاة عليه خلافٌ، والأقرب جوازها.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٢٠٧.

وتصحّ إلى مدّةٍ تحمل فيها غالباً وإنْ لم تحمل، ولو كانتِ الثمرةُ لاتتوقّعُ إلّا في آخِرِ المدَّةِ صحّ، ويُشترطُ في المدَّة تقديرُها بما لا يَحتَمِلُ الزيادة والنقصانَ، وأنْ تحصُلَ الثمرةُ فيها غالباً.

ويُشترطُ شياعُ الفائدةِ، فلوِ اختَصَّ بها أحدُهما، أو شَرطَ مقداراً معيَّناً لا بالجزءِ المشاعِ والباقي للآخَرِ أو لهما، أو شرط ثمرة نَخَلاتٍ بعينها والباقي للآخَرِ لم يصحّ.

ويجوزُ اختلافُ الحصَّةِ منَ الأنواعِ إذا عَلِمَ العاملُ مقدارَ الأنواعِ.

ويُكرَهُ اشْتراطُ ربِّ الأرضِ مع الحصَّةِ شيئاً منْ ذهبٍ أو فضَّةٍ، ويجبُ الوفاءُ مع السَلامةِ.

ولو شَرَطَ فيما سقَتِ السماءُ النصفَ وفيما سُقي بالناضحِ الثُلُث، أو شرط مع الحصَّةِ جُزءً مِنَ الأصلِ بطل.

المقامُ الثاني في الأحكام

وإطلاقُ العقدِ يقتضي قيامَ العامِلِ بكلِّ عملٍ يتكرّرُ في كلِّ سَنَةٍ وتحتاجُ الثمرةُ إليه، مِنَ السَقيِ والتقليبِ وتَنْقيةِ الأجاجينِ والأنهارِ و إزالةِ الحشيشِ المضِرِّ وتهذيبِ الجريدِ والتلقيحِ والتعديلِ واللقاطِ وإصلاحِ موضعِ التشميس ونقلِ الثمرةِ إليه وحفظِها.

وما لا يتكرّرُ في كُلِّ سَنَة ويُعَدُّ مِنَ الأُصولِ فهو على المالك، كحَفْرِ الآبارِ والأنهارِ، وبناءِ الحائطِ، ونَصب الدولابِ والداليةِ والكُشّ، ولو شَرَطَ على العاملِ لزِم.

ولو شَرَطَ العاملُ العملَ كلّه على المالكِ بطل، ولو شَرَطَ البعضَ لزم، ولو شرط أنْ يَعملَ غلامُ المالكِ معه جاز، وإنْ شرطَ عملَه لخاصّه، ويصحّ لو شرطَ عليه أجرةَ الأُجَراءِ أو خروجَ أُجرتِهم منهما.

وكلُّ موضعٍ تفسد فيه المساقاةُ فللعاملِ الأُجرةُ، والثَمَرةُ للمالكِ.

ولو ساقاه الاثنانِ وَاخْتلفا في النصيبِ صحَّ إنْ عَلِمَ حصَّةَ كلٍّ منهما، وإلّا فلا.

ولو ساقاه على بستانٍ على أنْ يُساقِيَه على آخَرَ صحَّ.

ولو هَرَبَ العاملُ ولا باذلَ جاز له الفسخُ والاستيجارُ عنه بإذنِ الحاكمِ، وإنْ تعذّر فبغيرِ إذنِه مع الإشهادِ لا بدونِه.

والقولُ قولُ العامِلِ في عدمِ الخِيانَة وعدمِ التفريطِ.

ولو ظهرَ اسْتحقاقُ الأصلِ فللعاملِ الأُجرةُ على الآمرِ، ويرجعُ المالكُ على كلٍّ منهما بنصيبِه.

وليس للعاملِ أنْ يُساقِيَ غيرَه.

والخَراجُ على المالكِ إلّا مع الشرطِ.

والفائدةُ تُملَكُ بالظهورِ.

والمُغارَسةُ باطلةٌ، والغَرسُ لصاحبِه، وعليه أُجرةُ الأرضِ، ولصاحبِه أرشُ نَقْصِ القَلْعِ، ولو بذلَ أحدُهما للآخَرِ القيمةَ لم يجبِ القبولُ.

المقصدُ الثالثُ في الجعالةِ

وهي تصحُّ على كلِّ عملٍ مقصودٍ محلَّلٍ، معلوماً كان أو مجهولاً.

ويجب العلمُ بالعِوضِ بالكيلِ أو الوزنِ أو المشاهَدةِ أوِ العددِ، ولو جهله مثل: «مَنْ ردَّ عبدي فله ثوبٌ أو دابّةٌ» فأُجرةُ المثل.

وكونُ الجاعلِ جائزَ التصرُّفِ، وإمكانُ العملِ منَ العامِلِ.

ويلزمُ المُتبرّعَ ما جَعَله عَنْ غيره، ولا يستحِقُّ المتبرّعُ بالعملِ وإنْ جُعِل لغيرِه.

ويستحِقُّ الجُعْلَ بالتسليمِ.

وهي جائزةٌ قبلَ التلبُّسِ، ومعه ليسَ للجاعلِ الفَسخُ إلّا مع بذلِ أُجرةِ ما عَمِلَ وَيعْملُ بالمتأخِّرِ مِنَ الجُعالتَينِ.

ولو حصلتِ الضالّةُ في يده قبلَ الجُعلِ فلا شيءَ و وجبَ الردُّ، وإذا عُيِّنَ سلَّم مع الردِّ، وإنْ لم يُعيَّنْ فأُجرةُ المثلِ، إلّا في البعيرِ أو الآبقِ يردُّهُما منْ غيرِ المصرِ، فأربعةُ دنانيرَ قيمتُها أربعونَ درهماً، ومنَ المصرِ دينارٌ وإنْ نقصتِ القِـيمَةُ. ولَـوِ اشتدعى الردَّ ولم يَبْذُلْ أُجرةً فلا شيءَ.

ولو جعَلَ للردِّ شيئاً فردَّه جماعةٌ اشتحقّوه ويُقَسَّمُ بينهم، ولو جَعَلَه للـدخولِ فدخلَ جماعةٌ فلكلٍّ واحدٍ ذلك الشيءُ، ولو جَعَل لكلٍّ مِنَ الثلاثةِ جُعْلاً مخالفاً للآخَرِ فرَدُّوه فلكلٍّ ثُلْثُ ماعَيّنهُ. وكذا لَوِ اتَّفقوا، ولو جعل للبعضِ معيّناً وللآخَـرِ مجهولاً فلكلٍّ منَ المعيَّنِ الثُلْثُ، وللمجهولِ ثُلْثُ أُجرةِ المثلِ.

ولو تبرّع واحدٌ مع المجعولِ له فلا شيءَ له، وللمجعولِ النصفُ، ولو ردَّ مِـنَ البعضِ فله بالنسبةِ.

والقولُ قولُ المالكِ في عدمِ الاشتِراطِ، وفي حصولِ الضالّةِ في يدِ العامل قبلَ الجُعْلِ، وفي كونِ المأتيِّ به غيرَ المقصودِ، وفي قدرِ الجُعْلِ وجنسِه، لكن يحلفُ على ما ادّعاه العاملُ، وحينئذٍ يثبتُ أقلُّ الأمرينِ منْ أُجرةِ المثلِ وما ادّعاه العاملُ، إلّا أنْ يزيدَ ما ادّعاهُ الجاعلُ على الأُجرة فيثبتُ عليه ما ادّعاه.



المقصد الرابع في السَبقِ والرِماية

وإنّما يَصحّانِ في السَهمِ والنُشّابِ والحِرابِ والسَيفِ و الابلِ والفِيلَةِ، والفَرَسِ والحِمارِ والبَغلِ، دونَ الطيورِ والقَدَمِ والسُفُنِ والمصارَعَةِ وشبهِها.

● فإنِ اكْتفينا بالإيجابِ فهو جائزٌ، وإلّا فلازمٌ.

وتفتقرُ المسابَقةُ إلى تقديرِ المَسافةِ وتقديرِ العِوضِ دَيْناً كان أو عَيْناً مِنْ

قوله ﷺ: ـ في السَبقِ والرمايةِ ـ: «فإنْ اكتفينا بالإيجابِ فهو جائزٌ، وإلّا فلازمٌ».

أقول: اختلف أصحابُنا في لُزومِ عقدِ السَبقِ والرمايَةِ وجوازِهِ، فالذي اختاره الشيخُ في المبسوطِ والخلافِ أنّها عقدٌ جائزٌ كالجُعالة [1]، واختارهُ المُصنِّفُ في القواعدِ [2] والمختلفِ [3]؛ لأصالة عدم اللزوم؛ ولأنّه بصيغةِ الجُعالةِ؛ إذ يقول: من سَبقَ فلهُ كذا.

وذهب ابنُ إدريسَ إلى أنّها عقدٌ لازمٌ، كالإجارة [4]؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [5].

وعلى القولِ بأنّها جائزةٌ يكفي الإيجابُ وَحدَه، وعلى القولِ بلزومها لابُدَّ فيهِ من القَبولِ إلحاقاً لها بالعقدَينِ. ومنشأ الخلاف أنّها عقدٌ يتضمَّن عِوضاً على عملٍ، وهو منطَبقٌ على كُلٍّ من العقدَينِ، ثمّ إنّها مشتمِلَةٌ على اشتراطِ العلم في العوضين، وعلى جوازِ إبهامِ العاملِ في السَبقِ، وعلى مالا يُعلمُ حصولُه من العامل، وعلى جوازِ بذل الأجنبي. وبعضُ هذه من خواصِّ الإجارةِ، وبعضُها من خواصِّ الجُعالة. ثمّ إنْ كان العوضُ من العامِلينَ فهي في قوّة عقدَي إجارة أو عقدَي جُعالة. هكذا قاله الفقهاء، ولو جُعلتْ عقداً برأسه لازماً أمكن.

---

١. المبسوط، ج ٦، ص ٣٠٠؛ الخلاف، ج ٦، ص ١٠٥، المسألة ٩.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٧٥.

٣. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢١٩، المسألة ١٧٧.

٤. السرائر، ج ٣، ص ١٤٩.

٥. المائدة (٥): ١.

أحدِهما أو أجنبي، وتعيينِ ما يُسابَقُ عليه، واحتمالِه السبق ● وجعلِ العِوضِ لهما أو للمُحَلِّلِ أو الأجنبي على إشكالٍ. والرميُ إلى عددِه، وعددِ الإصابةِ، وصفتِها، وقدرِ المسافَةِ، والعِوَضِ، والغَرَضِ، وتماثُلِ جنسِ الآلةِ.

ولا يُشترطُ تعيينُ القوسِ، ولا السَهمِ، ولا المبادَرَةِ والمُحاطَّةِ، ولا تساوي المَوقفِ.

وكما يصحُّ الرهنُ على الإصابةِ يصحُّ على التباعُدِ، وأنْ يبذلَ العوضَ أجنبيٌّ أو مِنْ بيتِ المالِ، وجَعْلِهِ للسابقِ أو للـمُحَلِّل، ولو جُـعِل للسـابقِ مـنْ خـمسةٍ فَتَساوَوا فلا شيءَ، ولو سبقَ واحدٌ أو اثنانٌ فلهما أو لَهُ. وجَعْلُ السَـبْقِ للسـابقِ

قوله ﷺ: «وجَعلِ العِوضِ لَهما أو للمُحلِّل أوالأجنبي على إشكالٍ».

أقول: الإشكالُ إنّما هو في جَعلِهِ للأجنبي، ومنشؤه مِنْ أنّ موضعَ هذا العقدِ جَعلُ السَبق لأحدهما أو للمحلِّل؛ إذ المقصودُ به الحِذْق، وهو لا يَتِمّ إلّا بجلْبِ النفع إلى نفسِهِ؛ ليشـتدَّ حِرْصُهُ؛ ولأنّه رهانٌ، فيُقتَصرُ فيه على المتَّفقِ عليه، وهو مذهبُ نَجمِ الدين [1] والمُصنِّفِ في كُتبه [2]. وظاهرُ مذهب الشيخِ في آخر كتابِ السَبقِ من المبسوطِ [3]؛ ومن أنّه شرطٌ أدخلاهُ على أنفسِهما فيكون جائزاً؛ لقوله ﷺ: «المُسلِمونَ عندَ شُروطِهم» [4]. ونمنعُ عَدمَ الحِـرْص على الإصابَة، فإنّ الإعطاءَ للأجنبي ربما كانَ باعثاً للرامي على إجادةِ الرمي، إمّا لثنائه عليه أو لفقرِهِ مع قصدِ الثوابِ؛ ولأنّه لو شرطَ إطعامَهُ حِزبَه لَجازَ فكذا هنا، ويُمكِنُ الفرق بدخول العوض هنا في مِلكِه بخلاف صورةِ الفرضِ.

والأقربُ عدمُ الجوازِ. أمّا على القولِ بأنّها إجارةٌ فظاهرٌ؛ لأنّـه يَـمتَنِعُ أنْ يكـون مـالُ الإجارةِ لغيرِ العاملِ، وأمّا على تقديرِ الجُعالَةِ؛ فإنّهُ وإنْ تُصوِّرَ التبرُّعُ فيها إلّا أنّه لابُدَّ فيها من المعاوضَةِ ولامعاوضةَ هنا.

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٨٦.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ١٧١، الرقم ٤٣٩٠؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٥٦ (الطبعة الحجريّة).

٣. المبسوط، ج ٦، ص ٣١٥.

٤. الكافي، ج ٥، ص ١٦٩، باب الشروط والخيار في البيع، ح ١، وص ٤٠٤، باب الشرط في النكاح ويجوز منه وما لا يجوز، ح ٨ و ٩؛ الفقيه، ج ٣، ص ٢٠٢، ح ٣٧٦٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٢، ح ٩٣ ـ ٩٤، وص ٣٧٣، ح ١٥٠٧.

وإنْ تعدَّد، وجعل المصلِّي لمَنْ صَلّى وإنْ تكثَّر، ولاشيءَ للأخيرِ.

ولو أخْرَجا وقالا: مَنْ سبَقَ فهما له، فإنْ سَبَقَ أحدُهما أو المُحَلِّلُ فهما له، وإنْ سَبَقا فلكلٍّ مالُه، وإنْ سَبَق أحدُهما والمُحَلِّلُ فللسابِقِ مالُ نفسِه ونصفُ الآخَرِ، وللمُحَلِّلِ الباقي.

ولو شَرَطا المبادَرَةَ والرِشْقَ عشرين والإصابةَ خمسةً فأصابا خمسةً مِنْ عشرةٍ لم يجِبِ الإكمالُ، ولو أصابَ أحدُهما خمسةً منها والآخَرُ أربعةً نَضَلَ صاحبُ الخَمسةِ.

ولو شَرَطا المُحاطَّةَ فأصابا خمسةً منها تَحاطّا وأكْمَلا، ولو أصابَ أحدُهما تسعةً منها والآخَرُ خمسةً تحاطّا وأكْمَلا، ولو بادر أحدُهما بعدَ المُحاطَّةِ إلى إكمالِ العددِ مع انْتهاءِ الرِشْقِ فقد نَضَلَ صاحبَهُ، ● وإنْ كان قبلَه وطَلَبَ المَسْبوقُ الإكمالَ أُجيبَ مع الفائدةِ، كرجاءِ الرُجحانِ أو المساواةِ أو القصورِ عن العددِ، وإنْ لم تكنْ فائدةٌ لم يَجِبْ، كما لو رَمَيا خمسةَ عَشرَ فأصابَها أحدُهما والآخَرُ خمسةً.

ويُملك العِوضُ بتمامِ النِضالِ. ولو فسد العقدُ فلا عِوَضَ، ولو خرجَ مستحِقّاً فعلى باذلِه المثلُ أو القِيمةُ.

قوله ﷺ: «وإنْ كان قبلَهُ وطَلَبَ المَسبوقُ الإكمالَ أُجيبَ مع الفائدةِ، كرجاء الرُجحانِ أو المُساواةِ أو القُصورِ عن العددِ».

أقول: لنفرض الرِشْقَ عشرينَ، والإصابةَ خمسةً، ونُنزِّلُ عليه المسائلَ الثلاث.

فمثالُ الأُولى: أنْ يرميَ كُلٌّ منهما عشرة فيُصيبُها أحدُهُما، ويُصِيبُ الآخَرُ منها خمسةً، فهنا يَجبُ الإكمالُ؛ لجوازِ إصابةِ ذي الخمسةِ العشرةَ وخطإ الآخَرِ فيَنْضُله.

ومِثالُ الثانية: أنْ يُصيبَ أحدُهما مجموعَ العشرةِ ويُخطِئُها الآخَرُ، فَمِنَ المُمكِنِ إصابةُ المُخطِئِ العشرة الباقيةَ وخطأُ المُصيبِ، فَتحصُلُ المُساواةُ.

ومثالُ الثالثةِ: أنْ يرميَ كُلٌّ منهما خمسةَ عَشرَ، فيصيبُ أحدُهما أحدَ عَشرَ، والآخَرُ اثنين، فَمِنَ المُمكِنِ إصابةُ ذي الاثنينِ الخمسةَ الباقيةَ، فتكمل له سبعةٌ ويُخطِئُها الآخَرُ فيفضل عنه بأربعةٍ، فلايَتِمُّ له عددُ الإصابة، والكُلُّ ظاهِرٌ.

المقصدُ الخامسُ في الشركة

وفيه بحثانِ:

[البحثُ] الأوّلُ [في أحكام الشركة]

الشركةُ عقدٌ جائزٌ مِنَ الطرفَينِ، ولا يصحُّ شرطُ الأجلِ لكن يثمِرُ المنعَ مِنَ التصرّفِ إلّا بإذنٍ جديدٍ.

وتتحقّقُ بمزج المتساويَين، وباستحقاقِ الاثنين الشيءَ إمّا بالإرثِ أو الحِيازةِ، وبابتياع جزءٍ منْ أحدِ المختلفين بجزءٍ منَ الآخرِ.

وإنّما تصحُّ بالأموالِ دونَ الأبدانِ والوجوهِ والمفاوَضةِ.

● والربحُ والخسرانُ على قدرِ رأسِ المالينِ، مالم يشترِطا الضدَّ على رأي.

قوله‏‎‎: ـ في الشِركةِ ـ: «والربحُ والخُسرانُ على قدرِ رأس المالينِ مالم يشترِطا الضدَّ على رأي».

أقول: موضوعُ الشِركةِ على تبعيّةِ الربحِ والخسرانِ لرأس المالِ في الزيادةِ والنقيصَةِ، فلو شرطا التساويَ في الربحِ والخُسرانِ مع تفاوتِ المالَينِ، أو التفاوتَ فيهما مع تساوي المالينِ، أو التساويَ في الربحِ خاصّةً والتفاوتَ في الخُسرانِ، أو بالعكسِ صَحَّتِ الشركةُ والشَرطُ، وهو مذهبُ المرتضى[1]، وظاهرُ مَذهبِ ابن الجُنَيْد، واختيارُ سَديدِ الدين والِدِ المُصنِّفِ[2]؛ لأصالَةِ الجواز؛ ولأنّها تِجارَةٌ عَنْ تَراضٍ، فتشملها الآية[3]؛ ولقوله تعالى:

---

١. الانتصار، ص ٤٧٠ ـ ٤٧٢، المسألة ٢٦٥.

٢. حكاه عنهما العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٩٦، المسألة ١٤٦؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٠١.

٣. النساء (٤): ٢٩.

ولا يصحُّ لأحدِهما التصرُّفُ إلّا بإذنِ شريكِه، ويَقْتَصِرُ على المأذونِ فيضمَن لو خالف، وله الرجوعُ في الإذنِ والمطالَبةُ بالقسمةِ متى شاء، وليس له المطالَبةُ بالإنضاضِ.

والشريكُ أمينٌ لا يَضمَنُ بدونِ التعدّي، ويُقبلُ قولُه في عدمِه و عدمِ الخيانةِ، وَاختصاصِ الشِراءِ وَاشتراكِه، ويبطل الإذنُ بالجنونِ والموتِ.

﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [١]، ولقوله ﷺ: «المسلمونَ عندَ شروطِهم» [٢]، ولدعوى المرتضى الإجماع [٣].

وذهبَ الشيخُ [٤] وابنُ إدريسَ [٥] ونجمُ الدين إلى البُطلانِ [٦]؛ لعدم الدليل.

وقال أبو الصَلاح: إذا اشترطا في عقدِ الشركةِ التفاضُلَ في الوَضيعةِ صَحَّت الشركةُ وكانَتْ الوضيعةُ بحسبِ الأموالِ، إلّا أنْ يتبرَّعَ أحدُ الشريكينِ على الآخر [٧].

واعْلَمْ أنّ المرادَ بالموصوفِ بالصحّةِ والبُطلانِ ليس نَفسَ الشِركَةِ العِنانيّةِ [٨]؛ إذ لا يُمكِنُ وقوعُها على وجهَينِ، بل المُرادُ به نفسُ الشَرطِ وما توقَّفَ عليه، كالإذنِ في التصرُّفِ. والمسألةُ مفروضةٌ فيما إذا عَمِلا معاً سواءً. أمّا إذا عمل أحدُهما وشُرِطتْ له الزيادةُ فالجوازُ ظاهرٌ؛ لأنّه في قوّةِ المضارَبَةِ والشِركَةِ، ومع البُطلانِ لكُلٍّ أُجرتُهُ ويَتقاصّانِ، ثمّ إذا اصطَلَحا في الأثناء على اختصاصِ أحدِهما بالرِبحِ والخُسرانِ فقد ذُكِرَ في بابِ الصُلح [٩]، وإذا كانَ في الابتداء ففيه الوجهان.

---

١. المائدة (٥): ١.

٢. تقدَّم تخريجه في ص ٢١٧، الهامش ٤.

٣. الانتصار، ص ٤٧١، المسألة ٢٦٥.

٤. الخلاف، ج ٣، ص ٣٣٢، المسألة ٩؛ المبسوط، ج ٢، ص ٣٤٩.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٤٠٠.

٦. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٠٦.

٧. الكافي في الفقه، ص ٣٤٣.

٨. في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٩٨، قال: شركة العنان، وهي اجتماع حقوق المُلّاك بالفعل في الشيء الواحد على سبيل الإشاعة.

٩. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٩٩؛ وقواعد الأحكام، ج ١، ص ١٨٤؛ إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٠٤.

● ولو دفع إليه اثنان دابّةً وراويةً على الشركةِ لم يصحّ، والحاصلُ للسقّاءِ وعليه أُجرتُهما، وقيل: يُقسَّم أثلاثاً ويرجع كلٌّ منهم على صاحبِه بثُلْثِ أُجرتِه.

قوله ﴿: «ولو دَفَعَ إليهِ اثنانِ دابّةً وراويةً على الشركةِ لم يصحَّ، والحاصلُ للسقّاء وعليه أُجرتُهما، وقيل: يُقسَّم أثلاثاً ويَرجِعُ كُلٌّ منهم على صاحبه بثلث أُجرته».

أقول: ما أفتى به أوّلاً رجّحهُ الشيخُ ﴿ في المبسوط [1]، واختاره ابنُ إدريسَ [2] ونجمُ الدين [3]؛ لأنّ شرطَ الشِركةِ العِنانيّةِ امتزاجُ الأموالِ، وهو مفقودٌ هنا.

والقول الآخرُ حكاهُ الشيخُ ﴿ في المبسوطِ، وجعلَهُ قريباً [4] أيضاً؛ لدخولِ كُلٍّ منهما على أنْ يكون له ثُلثَ الحاصلِ، و«المُسلِمونَ عند شروطهم» [5]. غايةُ ما في البابِ أنّ ذلك الثُلثَ لم يَتولَّ عملَه بانفرادِهِ، فَيَرْجِع كُلٌّ منهم على صاحبِهِ بثُلثِ أُجرةِ مالِهِ.

واعْلَمْ أنّ هذا الوجهَ أيضاً ارتضاهُ المُصنِّفُ في المختلفِ [6].

وقيل: تُبنى المسألةُ على أنّ نِيّةَ الغَيرِ في المُباحِ لغيره هل تُفيدُ ملكيّةَ ذلك الغَيرِ أم لا؟ فعلى الأوّلِ يُرَجَّحُ الثاني إنْ نَوى السقّاءُ ملكيّةَ الجَميعِ، وعلى الثاني الأوّلُ، وكذا لو لم يَنوِ السقّاءُ ملكيّةَ الآخَرين.

وربما بُنِي هذا على أنّ المُباحاتِ هل يَحتاجُ تحيُّزُها إلى النيّةِ أولا؟ والأوّل: منقولٌ عن الشيخ في إحياءِ المواتِ من المبسوطِ [7]، والثاني: في بابِ الشِركةِ منه [8]، وكلامُ صاحبِ الشرائعِ في هذا البَابِ يُفيدُ أنّ المُحيزَ إنْ نَوى لنفسه مَلَكَ قطعاً، وإنْ نوى أنّه له ولغيره لم يَملِكِ الغير قطعاً، وإنْ أهمَلَ ففيه الوجهانِ [9]؛ مع حكمه بجواز الاستئجار على الاحتطابِ والاحتِشاشِ وملْكِ المُستأجر مايَحصلُ [10]، فكأنّه أرادَ بالأوّلِ المُتبرِّعَ.

---

١ و ٤. المبسوط، ج ٢، ص ٣٤٦.
٢. السرائر، ج ٢، ص ٤٠٤.
٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٠٨.
٥. تقدّم تخريجه في ص ٢١٧، الهامش ٤.
٦. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٠٣، المسألة ١٥٥.
٧. المبسوط، ج ٣، ص ٢٨١؛ والناقل عن الشيخ العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٠٣، المسألة ١٥٦.
٨. المبسوط، ج ٢، ص ٣٤٦.
٩ و ١٠. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٠٨ و ١٠٩.

ويُكرهُ مشارَكةُ الكفّارِ.

ولو باعا سلعةً صَفْقةً وقَبضَ أحدُهما نصيبَه شاركه الآخَرُ.

البحثُ الثاني في القِسمةِ

وكلُّ مَنْ طلَبَ القسمةَ معَ انْتفاءِ الضررِ أُجبِرَ الممتنعُ، ولَوِ اتَّفَقَ الشركاءُ مع الضررِ لم يَجُز، ● ويحصلُ الضررُ بنقصِ القِيمةِ، وقيل: بعدمِ الانْتفاع.

ولا تصحُّ قِسمةُ الوقفِ، وتصحُّ قسمتُه مع الطِلْقِ.

ولا يُشترطُ القاسمُ، ولا إسلامُه لو تراضى الخصمانِ به، وتكفي القرعةُ في التعيينِ بعدَ التعديلِ.

ويُستحبُّ للإمامِ نصبُ قاسمٍ، ويُشترطُ عدالتُه، ومعرفتُه بالحسابِ، ولا يكفي

قوله ﷺ: «ويحصلُ الضررُ بنقصِ القيمةِ، وقيل: بعدمِ الانتفاعِ».

أقول: الأوّل: قوّاهُ الشيخُ في المبسوطِ [١]، واختارَهُ نَجمُ الدين [٢] والمُصنِّفُ.

والقولُ الثاني: هو الذي أفتى به الشيخُ في كتابي المبسوطِ [٣] والخلاف [٤]، والتمسّكُ في القولينِ بقولِهِ ﷺ «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ» [٥]. وهذا ذكرهُ الشيخُ فيه الخلافِ توجيهاً للجانبَينِ ثمّ توَقّفَ فيه [٦].

ثمّ عَدمُ الانتفاعِ يَصدُقُ على عَدَمِ الانتفاع أصلاً، وعلى عَدَمِ الانتفاع فيما كان يُنتفَعُ به فيه أوّلاً.

---

١. المبسوط، ج ٨، ص ١٣٥.

٢. شرائع الإسلام، ج ٤، ص ٩٢.

٣. المبسوط، ج ٨، ص ١٣٥.

٤. الخلاف، ج ٦، ص ٢٢٩، المسألة ٢٧.

٥. الكافي، ج ٥، ص ٢٨٠، باب الشفعة، ح ٤، وص ٢٩٢ ـ ٢٩٤، باب الضرار، ح ٢، ٦، و٨؛ الفقيه، ج ٣، ص ٧٦، ح ٣٣٧١، وص ٢٣٣، ح ٣٨٦٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦ ـ ١٤٧، ح ٦٥١، وص ١٦٤، ح ٧٢٧.

٦. الخلاف، ج ٦، ص ٢٢٩، المسألة ٢٧.

الواحدُ في قسمةِ الردِّ إلّا مع الرضى. والأُجرةُ من بيتِ المال، فإنْ ضاقَ فمنهما بالحِصَصِ.

ومتساوي الأجزاءِ يُقسَّمُ قسمةَ إجبارٍ، وغيرُه إنِ التَمس المتضرِّرُ بالقسمةِ أُجبِر غَيْرُه عليها، ويُقسَّم ما اشْتَمل على الردِّ قسمةَ تراضٍ.

ويُقسَّم الثيابُ والعَبيدُ بعد التعديل، والعُلْوُ والسُّفلُ معاً لا بأنْ ينفردَ أحدُهما بواحدٍ منهما، ولا يقسَّم كلُّ واحدٍ على حِدةٍ، والأرضُ المزروعةُ والزَرعُ الظاهر والقرحانُ المتعدّدةُ كلّ واحدٍ بانفراده لا قسمتُها بعضاً في بعضٍ، والقراحُ الواحدُ وإنِ اخْتلفَتْ أشجارُ أقطاعِه بعد التعديل، والدكاكينُ المتجاورةُ بعضاً في بعضٍ قسمةَ إجبارٍ. ثمّ تخرج السهامُ على الأسماءِ، بأنْ يُكتبَ كلُّ سهمٍ في رُقعةٍ، ويُؤمرُ الجاهلُ بإخراجِ بعضِها على اسمِ أحدِهما، أو على السهامِ بأنْ يُكتبَ اسمُ كلِّ واحدٍ في رُقعةٍ، ويؤمر الجاهلُ بإخراجِ بعضِها على سهمٍ منها.

وتُعدَّل السهامُ قيمةً لا قَدْراً، فلو كانا متساويَين وكان الثلثُ بإزاءِ الثُلثَين جُعل الثُلثُ محاذياً للثلثَين، ولو تساوت قيمةً لا قدراً ـ بأنْ كان لأحدِهما النصفُ من متساوي الأجزاء وللآخر الثُلْثُ وللثالثِ السُدُسُ ـ سُوِّيت على أقلّهم، وتُخرج على الأسماءِ.

ويَجعل للسهامِ أوّل وثانٍ إلى آخرها، فإنْ خرج صاحبُ النصفِ فله الثلاثةُ الأُوَلُ، وإنْ خَرج صاحبُ الثُلْثِ فله الأوّلانِ، وكذا في المرتبةِ الثانيةِ، ولو اخْتلفت قدراً وقيمةً مُيّزَتْ على الأقلِّ.

وقسمةُ الردِّ تفتقر إلى الرِضى، ولَوِ اتّفقا عليه وعُدّلتِ السِهامُ افْتقر بعدَ القرعةِ إلى الرضى ثانياً، ولَوِادّعى الغلطَ كان عليه البيّنةُ فتبطل، أو الإحلافُ. ولو ظَهرَ اسْتحقاقُ البعضِ بطلت إنْ كانَ معيّناً مع أحدِهما أو معهما لا بالسويّةِ أو مشاعاً، ولو كان معيّناً بالسويّةِ لم يبطل، ولو ظهر دَينٌ بعدَ قسمةِ الوُرّاث فإنْ دفعُوه وإلّا بطلَتْ.

المقصدُ السادسُ في المضاربةِ

وهي جائزةٌ من الطرفَينِ، لكلٍّ منهما فَسخُهُ وإنْ كان بالمالِ عُروضٌ، ولا يلزم الأجلُ، وتُثمِرُ المنعَ.

ولا يتعدّى العاملُ المأذونَ، فيضمَنُ لو خالف أو أخَذَ ما يعجَزُ عنه أو مزَجَ المالَ بغيره بغير إذنٍ، ولا يؤثّر في الاستحقاقِ.

وإذا أطلقَ تولّى ما يتولّاه المالكُ، مِنْ عَرْضِ القُماشِ ونشرِه وطَيِّهِ وإحرازِه، وقبضِ الثمنِ واستيجارِ ماجرتِ العادةُ له، ولو عمله بنفسِه لم يستحقّ أُجرةً، كما أنّه يضمَنُ الأُجرةَ لو استأجر للأوّلِ، ويَبْتاع المعيبَ ويَردُّ به، ويأخذ الأرشَ مع الغِبْطةِ.

والإطلاقُ يقتضي البيعَ نَقْداً بثمنِ المثلِ مِنْ نقدِ البلدِ، والشِراءَ بالعينِ، فيقفُ على الإجازةِ لو خالف، ولو اشترى في الذمّةِ ولم يُضِفْ وقع له.

وتبطل بالموتِ منهما، والخروجِ عن أهليّةِ التصرُّفِ.

ويُنفِقُ في السفرِ كمالَ النفقةِ مِنَ الأصلِ، ويُقسِّطُ لو ضُمَّ.

ولا تصحّ إلّا بالأثمانِ الموجودةِ المعلومةِ القدرِ المعيّنةِ وإن كانت مشاعةً، فلو قارَضه بأحدِ الألفينِ أو بالعُروضِ ● أو بالمشاهَدِ المجهولِ أوبالفُلوسِ أو بالنقرةِ على إشكالٍ، أو بالمغشوشةِ أو بالدَينِ وإنْ كان على العاملِ أو بثمنِ ما يَبيعه لم تصحّ، وتصحّ بالمغصوبِ.

قوله ﷺ: ـ في المُضاربةِ ـ: «أو بالمشاهَدِ المجهولِ أوبالفُلُوسِ أو بالنُقرة على إشكالٍ».
أقول: يُريدُ أنّه لا يَصحُّ القِراضُ بالنُقرَةِ على إشكالٍ، كما تردَّدَ فيه الشيخُ نَجمُ الدين [1].

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١١٢.

ويبرأُ بالتسليمِ إلى البائعِ.

قال صاحبُ الصحاح: النُقرةُ: السَبيكة.[١] وربما كانَتْ في عُرفِ الفُقهاء اسماً للدراهم المَضرُوبَةِ من غَيرِ سكّةٍ، وكان الإشكالُ في هذه، ووجهُهُ النَظَرُ إلى أصالةِ الجوازِ؛ ولأنّها ممّا يُتعامَلُ بها، فهي كالمنقوشةِ بسكّةِ المُعاملةِ؛ ولدخولها تحت «المؤمنونَ عِندَ شُروطِهم»[٢]، وتحتَ قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٣].

والالتفاتُ إلى أنّ المُضارَبةَ حكمٌ شرعيٌ، فيتوقّف جوازُهُ على مورد الشَرعِ، ولم تَثبُتْ إلّا في المَنقُوشةِ؛ ولأنّ تسليطَ الإنسانِ على مالِ غَيره على خلاف الأصلِ، فلا يجوز إلّا في موضعِ النَصِّ.

وأكثرُ الجُمهورِ على مَنعِ القِراضِ بها[٤]، وأمّا أصحابُنا فقد نصَّ الشيخُ[٥] وأتباعُهُ[٦] والمتأخّرونَ من أصحابنا على عدمِ جوازِ القِراض بها[٧]، وكذلك المُصنِّفُ في كُتبه[٨].

ويُمكِنُ عَودُ الإشكال أيضاً إلى الفُلُوسِ - وتوجيهُهُ كما قلناهُ - وإلى المالِ المجهولِ، فإنّ للشيخِ فيه قولَينِ، فذهب في الخلافِ إلى عدمِ جوازِه؛ لعدم دليلٍ شرعي مَقطوع به[٩]، وفي المبسوطِ إلى جوازِه؛ لأصالة الصحّة[١٠]، ولقوله ﷺ: «المؤمنُونَ عِندَ شُروطِهم»[١١].

١. الصحاح، ج ٢، ص ٨٣٥، «نقر».

٢. تقدّم تخريجه في ص ١٨٣، الهامش ٢.

٣. النساء (٤): ٢٩.

٤. راجع المهذّب، الشيرازي، ج ١، ص ٣٨٥؛ المدوّنة الكبرى، ج ٥، ص ٨٧؛ المحلّى، ابن حزم، ج ٨، ص ٢٤٧، المسألة ١٣٦٨؛ وبداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٣٧.

٥. المبسوط، ج ٣، ص ١٦٨.

٦. منهم القاضي ابن البرّاج في المهذّب، ج ١، ص ٤٦٠؛ وابن حمزه في الوسيلة، ص ٢٦٤؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٢٦٦.

٧. منهم ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٤٠٧.

٨. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٣٣؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٢٤٥ - ٢٤٦؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٧، ص ٢١، المسألة ٢٠٢.

٩. الخلاف، ج ٣، ص ٤٦٩، المسألة ١٧.

١٠. المبسوط، ج ٣، ص ١٩٩.

١١. تقدّم تخريجه في ص ١٨٣، الهامش ٢.

والعاملُ أمينٌ، ويُقدَّم قولُه في التلفِ وعدمِ التفريطِ والخَسارةِ وقدرِ رأسِ المالِ والربحِ ـ ولا يضمَن إلّا مع التفريطِ ـ وقولُ المالكِ في عدمِ الردِّ والحصَّةِ.

ويُشترطُ في الربحِ الشِياعُ ـ فلو شرطَ إخراجَ معيَّنٍ من الربحِ والباقي للشركة بطل ـ وتعيينُ حصَّةِ العامل.

ولو قال: الربحُ بينَنا فهو تنصيفٌ، ولو شرط حصَّةً لغلامِه صحّ وإنْ لم يَعمل، ويُشترطُ في الأجنبي العملُ.

ولو قال: لكما نصفُ الربحِ تساويا، ويَملِكُ العاملُ حصَّتَه بالظهورِ.

ولو شرطَ المريضُ للعاملِ رِبْحاً صحَّ، ولو أنكر القِراضَ وادّعى التلفَ بعدَ البيّنةِ أوِ ادّعى الغلطَ في الإخبارِ بالربحِ أو بقدرِه ضَمِنَ، أمّا لو قال: ثمّ خَسِرتُ أو تَلِفَ المالُ بعدَ الربح قُبِل.

ولَو اشترى بالعينِ أباالمالِكِ بإذنِه فله الأُجرةُ وعَتَقَ وإلّا فلا. ولَو اشترى زوجَ المالكةِ بإذنها بالعين بطَل النكاحُ وإلّا بطَل البيعُ، ولواشترى أبا نفسه عَتَقَ ما يُصيبُه مِنَ الربحِ ويُستسعى العبدُ في الباقي، • ولَوِ اشترى جاريةً جاز له وطؤُها مع إذنِ المالكِ بعدَه لا قبلَه على رأي.

قوله ﷺ: «فلو اشترى جاريةً جاز لَهُ وطؤُها مع إذنِ المالِكِ بَعده لا قبلَهُ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ الشيخِ نَجمِ الدينِ ﷺ [1]، وذهب الشيخُ في النِهايةِ إلى أنّ صاحبَ المالِ إذا أذِنَ له في شِراءِ الجاريَةِ ليطأَها العامِلُ جازَ [2]، وظاهرهُ الاكتفاء بالإذنِ المتقدّمِ؛ لرواية الكاهلي عن أبي الحسن ﷺ قال، قلت: رجلٌ سألني أنْ أسألَكُم أنّ رَجُلاً أعطاهُ مالاً مُضاربةً يشتري له ما يرى من شيءٍ، وقال: اشترِ جاريةً تكونُ مَعك، والجاريَةُ إنّما هي لصاحبِ المالِ؛ إنْ كان فيها وضيعةٌ فعليه، وإنْ كان فيها ربحٌ فلَهُ، أفَلِلْمُضارِبِ أنْ يَطأَها؟ قال: «نَعَمْ» [3].

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١١٧.

٢. النهاية، ص ٤٣٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٩١، ح ٨٤٥.

والتالِف بعدَ دورانِه في التجارةِ منَ الربحِ.

ولو خَسِرَ مِنَ المائةِ عشرةً، ثمّ أخذ المالكُ عشرةً، ثمّ رَبِحَ فرأسُ المالِ تسعةٌ وثمانون إلّا تُسْعاً.

ولوِ اشْترى بالعَينِ فتَلِفَ الثمنُ قبلَ الدفعِ بطل، وإنِ اشْترى في الذمّة بـالإذنِ أُلزم صاحبُ المالِ عِوضَ التالفِ، وهكذا دائماً، فيكون الجميعُ رأسَ المال، وإنْ كانَ بغيرِ الإذْنِ بطَل مع الإضافةِ.

ولو فسَخَ المالكُ فللعاملِ أُجـرتُه إلى وقتِ الفسـخِ، وعـليه جِـبايَةُ السَـلَفِ لا الإنْضاضُ.

ولو ضارب العاملُ بإذنه صحَّ، والربحُ بينَ الثاني والمالكِ، وبغير إذنه لايصحّ، والربحُ بينَ المالكِ والأوّلِ، وعلى الأوّلِ أُجرةُ الثاني.

ولو خسرَ بعدَ قِسمةِ الربحِ ردَّ العاملُ أقلَّ الأمرَينِ.

وكلُّ موضعٍ تفسدُ فيه المضارَبةُ يكونُ الربحُ للمالكِ وعليه الأُجرةُ.

والأقوى الأوّل؛ لِعِصْمة الفرج إلّا بالعقدِ أو المِلكِ ولم يحصل بـعد الشِـراءِ أحـدُهُما، والروايةُ ضَعيفةٌ؛ لأنّ في طريقها سَماعة؛ ولأنّ الإذنَ المتقدِّمَ لم يُصادِف ملكاً ولا يَـنهَضُ عقداً[1]، وحِلُّ الفرجِ مُنحَصِرٌ في العقدِ والمِلكِ.

---

١. في نسخة مصحّحة: «ولا يتضمّن عقداً».

المقصدُ السابعُ في الوديعة

وهي عقدٌ جائزٌ من الطرفَينِ يبطلُ بالموتِ والجنونِ.

ولابدَّ منْ إيجابٍ وهو كلُّ لفظٍ يَدلّ على الاسْتنابةِ في الحفظِ، ولايشترطُ القبولُ لفظاً.

ويجبُ حِفظُها مع القبول بما جرتْ عادتُها بالحفظِ، ويختلف الحِرزُ، كالصُنْدوقِ للثوبِ والنقدِ، والاصطبل للدابَّةِ، والمُراح للشاة، ولا يجب الحفظُ لو طرحها عندَه مِنْ غيرِ قبولٍ أو أُكْرِه على القبض.

و يجبُ سقيُ الدابَّةِ و علفُها بنفسِه وبغلامِه، و لا يُخرجها مِنْ منزِله للسقي إلّا مع الحاجةِ، ولو أهملَ ضَمِنَ، إلّا أنْ يَنهاه المالكُ فيزولُ الضَمانُ لا التحريمُ.

ويَقتصرُ على ما يعينه المالكُ من الحِرزِ، فإنْ نقل ضَمِنَ إلّا مع الخوفِ أو إلى أحرَزَ.

ولو قال: «لا تَنقُلْها» ضَمِنَ كيفَ كان إلّا مع الخوفِ، وإنْ قال: «وإنْ تلِفَت».

والمستودَعُ أمينٌ لا يضمَنُ بدون التفريطِ ولا بأخذِها منه قهراً، ويجوزُ الحلفُ للظالم ويُوَرّي.

ولا تصحُّ وديعةُ غيرِ العاقلِ فيضمَنُ القابضُ، ولا يَبرأُ بالردّ إليه وإنْ كان مميّزاً، ولو أُودع لم يَضمَن بالتفريطِ.

ويجوزُ السفرُ بها مع خوفِ الإقامةِ بها، ولو ظهرت أمارةُ الخوفِ في السفر لم يَجُز.

ولو أنكر الوديعةَ أو ادّعى التلفَ ● أو الردَّ على إشكالٍ أو عدمَ التفريطِ أو قدرَ القيمةِ فالقولُ قولُه مع اليمينِ.

ولا يَبرأ لو فرَّطَ بالردِّ إلى الحِرْزِ، ويَبرأُ بالردِّ إلى المالكِ أو وكيلِه أوالحاكمِ مع الحاجةِ أو إلى ثقةٍ معها إذا فُقِدَ الحاكمُ. ولو دَفَعَها إلى الثقةِ مع قدرتِه عليه أو على المالكِ ضَمِنَ.

ولو أراد السفرَ فدفَنَها ضَمِنَ إلّا مع خوفِ المسارَعةِ.

ولوِ ادّعى الإذنَ في الدفعِ إلى غيرِ المالكِ، أو أنكرها فقامتْ عليه البيِّنةُ فادّعى

قوله ـ في الوديعَةِ ـ: «أو الردَّ على إشكالٍ».

أقول: يُريدُ أنّه لو ادّعى المُودَعُ ردَّ الوديعةِ إلى المودِعِ كانَ القولُ قولَهُ على إشكالٍ. يَنشأُ من فتوى الأصحابِ كالشيخِ [1] والطَبرسي، وابنِ سعيدٍ بقَبولِ قولِهِ؛ لأمانتِهِ [2]. ولأنّه يَحفَظُ المالَ لِمصلَحَةِ صاحِبِهِ لا لِمصلحَتِهِ، فيكونُ القولُ قولَهُ. ولأنّ مبناها على الإخفاءِ، فالتكليف بإقامَةِ البَيِّنةِ ينافي ذلك، ولعمومِ ما رُوِيَ عن النَبيّ ﷺ: «ليس على المستودَعِ ضَمانٌ»، أوردَهُ الشيخُ في الخلافِ [3] وابنُ الجُنَيْدِ.

ومن أنّ الأصلَ عَدَمُ الردِّ وهو مُدَّعٍ لَهُ، فيكون مُدَّعِياً خلافَ الأصلِ، والمالكُ يُنكِرهُ، والبَيِّنةُ على المُدَّعِي واليمينُ على من أنكَر.

والمشهورُ هو الأوّل، وهو اختيارُ المُصنِّفِ في التحرير [4]، وتَرَدَّدَ في المختلفِ والقواعِدِ [5]، كما ترَدَّدَ هنا.

---

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٤١.

٢. يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٣٢٨؛ ونجم الدين في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٣٣؛ والمختصر النافع ص ٢٤٥.

٣. الخلاف، ج ٤، ص ١٧١ ـ ١٧٢، المسألة ٢؛ والرواية وردت في الجعفريّات، ص ٢٨٨، ح ١١٩٩، المطبوع مع قرب الإسناد.

٤. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٢٠٠ ـ ٢٠١، الرقم ٤٤٤٤.

٥. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٦، المسألة ١٢؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩٠.

التلفَ، أو أخّر الإحرازَ مع المُكْنَةِ، أو سلَّم إلى زوجتِه، أو أخَّر دَفْعَها مع الطلبِ والإمكانِ، أو فرَّط بطرحِها في غيرِ الحِرْزِ، أو ترك سقيَ الدابَّة، أو نَشْرَ الثوبِ، أو سافر مع الأمنِ والخوفِ، أو لَبس الثوبَ، أو ركب الدابّةَ، أو خلطها بمالِه بحيث لا يتميَّزُ، أو مزج الكيسَيْنِ، أو حَمّلها أثقَلَ منَ المأذونِ أو أشقَّ، أو فَتح قفلَ المالكِ وأخذَ بعضَها أولا ضَمِنَ. ولو أخذ البعضَ منْ تحتِ قفلِه ضمنَ المأخوذُ خاصَّةً، ولو أعادَه ومزجَه بحيث لا يتميَّزُ لم يبرأ، ولا يضمَن الباقي، ولو أعادَ بَدَلَه ومزَجَه بحيث لا يتميَّزُ ضَمِنَ الجميعَ.

ويجبُ أنْ يُشهِدَ لو خاف الموتَ، ● ولو ماتَ ولم تُوجَدْ أُخِذَتْ مِنَ التَركَةِ على إشكالٍ.

ويجبُ ردُّها على المالكِ وإنْ كانَ كافراً لا غاصباً، بل يردُّ على المغصوبِ منه، ولو جهله تصدَّق وضَمِن أو أبقاها أمانةً ولا ضَمان، ويحلفُ لو طلبها، ولو مزَجَها الغاصبُ بمالِه بحيث لا يتميَّزُ رُدَّ الجميعُ إليه.

ولو مات المالكُ سُلِّمت إلى وارثِه، فإنْ تعدّد سُلِّم إلى الجميعِ أو وكيلِهم، ولو دفع إلى البعضِ ضمِنَ حِصَصَ الباقين.

ولَوِ ادّعاها اثنان صُدّق في التخصيص، ولوِ ادّعى الآخرُ علمَه أوِ ادّعياه مع الاشتباهِ حَلَف.

قوله ﷺ: «ولو ماتَ ولم تُوجَدْ أُخِذَتْ من التَركَةِ على إشكالٍ».

أقول: منشؤهُ النظرُ إلى أصالةِ بَراءة الذِمَّة من الضَمانِ، فيُنَزَّلُ على تلفها بغير تفريطٍ؛ إذ الأصلُ عَدَمُهُ.

والالتفاتُ إلى قوله ﷺ: «على اليَدِ ما أخَذَتْ حتّى تؤدّي»[1]؛ ولأصالة عَدَمِ التلف.

---

١. سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٩٦، ح ٣٥٦١؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٨٠٢، ح ٢٤٠٠؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٥٦٦، ح ١٢٦٦؛ السنن الكبرى، ج ٦، ص ١٥٨، ح ١١٥١٩.

المقصدُ الثامِنُ في العارية

وهي جائزةٌ من الطرفينِ ، وإنّما تصحُّ مِنْ جائزِ التصرُّفِ، ولو أذنَ الوليُّ للطفلِ صحَّ أنْ يُعيرَ مع المصلحةِ.

وكلُّ ما صحّ الانتفاعُ به مع بقائه صحَّ إعارتُه . و يقتصرُ المستعِيرُ على المأذونِ فيَضمن الأُجرةَ و العينَ لو خالف، و تصحُّ إعارة الشاةِ للحَلْبِ، والأمةِ للخدمةِ للأجنبي.

ويَنتفعُ المستعِيرُ بما جرتِ العادةُ، فإنْ نقصَ مِنَ العينِ شيءٌ بالاستعمالِ أو تَلِفَت به من غيرِ تفريطٍ لم يضمَن، إلّا أنْ يَشْترِطَ المعيرُ أو يستعيرَ المُحرمُ صيداً أو مِنَ الغاصبِ أو يَستعيرَ ذهباً أو فضّةً، إلّا أنْ يَشْترِطَ سقوطَ الضَمانِ. وكذا البحثُ لو تَلِفتْ بغيرِ الاستعمالِ. ولو فرّط ضَمِن.

ولَوِ اسْتعارَ المُحِلُّ صيداً من مُحرِمٍ جاز لزوالِ ملكِه عنه.

ولو رجع على المستعيرِ مِنَ الغاصبِ جاهلاً رجع بأُجرةِ المنفعةِ أو بالعينِ التالفةِ على الغاصبِ، لا عالماً و مُفرِّطاً.

ولو رجعَ على الغاصبِ رجعَ على المستعيرِ العالمِ.

ولو أذن في الزَرْعِ أو الغَرْسِ جاز الرجوعُ بالأرشِ.

وليس له قلعُ الميِّتِ بعدَ الإذنِ في الدفنِ، ولا قلعُ الخشبةِ إذا كان طرفُها الآخَرُ في ملكه، ولوِ انْقلعتِ الشجرةُ لم يكن له زَرعُ أُخرى إلّا بالإذنِ.

وليس للمستعيرِ الإعارةُ ولا الإجارةُ إلّا بالإذن.

ولو تَلِفَتْ بتفريطٍ بعدَ نقصِ القِيمةِ بالاِسْتعمالِ ضمنَ الناقصَ لاالنقصَ.

ويَضمن بالجُحودِ.

ويُقبل قولُه في التلفِ والقِيمةِ وعدمِ التفريطِ لا الردّ.

ولو ادّعى المالكُ الأُجرةَ حلَفَ على عدمِ الإعارةِ، وله الأقلُّ مِنَ المدَّعى وأُجرةِ المثل.

ولو اخْتلفا عقيبَ العقدِ حلَفَ المستعِيرُ ولا شيءَ.



المقصدُ التاسعُ في اللقطة

وفيه مطلبان:

[المطلبُ] الأوّلُ:

المحلُّ المَلقوطُ إمّا إنسانٌ أو حيوانٌ أو مالٌ.

وشرطُ الأوّل: الصِغرُ، فلا يصحّ التقاطُ البالغ العاقلِ، وانتفاءُ الأبِ أو الجدِّ أو المُلْتقِطِ أوّلاً، فلو كانَ له أحدُهم أُجبِر على أخْذِه.

وحُرّيّةُ الملتقِطِ، وبلوغُه، وعقلُه، ● وإسلامُه على رأي.

قوله ﷺ: ـ في اللقطَة ـ: «وإسلامُه على رأي».

أقول: يُشترَطُ في المُلتَقِطِ للصبيِّ المحكومِ بإسلامِهِ الإسلامُ على رأيِ الشيخِ ﷺ في المبسوطِ [1]، وإلّا لزم وجودُ السبيلِ للكافرِ على المُسلِمِ، وهو منفيٌّ بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [2]، وهو نفي معناه النهي؛ ولأنّه لا يؤمَنُ افتتانُهُ.

ويُحتَمَلُ جوازُهُ؛ لأصالَةِ الجواز، والسَبيلُ ممنوعٌ؛ إذ لاسلطَنَةَ له عليهِ. والشيخ نجمُ الدين حَكى قولَ الشيخِ ﷺ ولَمْ يُفْتِ بشيءٍ، وهويُشعِرُ بتردُّدِهِ، كما صَرّحَ بالتردُّدِ في النافع [3]. وإنّما قيّدناهُ بالمَحكومِ بإسلامِهِ؛ لأنّ الكافرَ لو التَقطَ المحكومَ بكُفْرِهِ لم يُمنَعْ منه قطعاً؛ لانتفاءِ المانعين، وقد صرّح به الشيخُ في المبسوطِ [4] والمصنِّفُ في كُتُبِهِ [5].

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٣٤٠.

٢. النساء (٤): ١٤١.

٣. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٢٥؛ المختصر النافع، ص ٣٧٧.

٤. المبسوط، ج ٣، ص ٣٤٠.

٥. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٤٤٨، الرقم ٦٠٤٥؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٠١؛ تذكرة الفقهاء، ج ١٧، ص ٣١٢، المسألة ٤٠٧.

● وعدالتُه على رأي.

ولو أذِن المولى لمملوكِه صحّ.

● وُيقِرُّ في يد البَدَوِي على رأي.

ويجوزُ أخذُ المملوكِ الصغيرِ دونَ المميّز.

وشرطُ الثاني: الملكُ، وانتفاءُ اليدِ عنه، وعجزُه عن السلامةِ، وانتفاءُ العُمرانِ.

فلَوِ الْتقطَ كلبَ الهِراشِ والخنزيرِ لم يتعلّق به حكمٌ.

ولو التقطَ ما يدُ غيره عليه أُلزم بدفعِه إليه.

ولو الْتقط ما يمتنع عَنِ الموذي كالبعيرِ إذا وجد في كَلاءٍ وماءٍ أو كان صحيحاً، والغِزْلانَ واليَحاميرَ في الفَلاةِ، أو التقط الشاةَ وغيرَها مطلقاً في العُمرانِ لم يُجز.

ولا شرطَ للآخذِ سوى الأخذ، فيجوز للصبيِّ والمملوكِ والفاسقِ والمجنونِ والكافرِ الالتقاطُ.

وشرطُ الثالثِ: الماليّةُ، وانتفاءُ اليدِ، وأهليّةُ اكتسابِ الآخذِ.

قوله ﷺ: «وعدالتُه على رأي».

أقول: هذا قولُ الشيخِ في المبسوطِ [1]؛ لأنّ الحِضانةَ استئمانٌ، ولاأمانَةَ للفاسقِ، ولأنّه ربما استرقّهُ وأخذ مالَهُ.

وجوّزَ الشيخُ نجمُ الدين التقاطَه، ومَنَع من انتزاعِهِ منه [2]؛ لأصالة الجَوازِ، والمسلمُ مَحلُّ الأمانةِ.

قوله ﷺ: «ويُقرُّ في يد البَدَوي على رأي».

أقول: هذا مذهبُ الشيخ نجمِ الدين [3]؛ لثبوتِ أولويّتِهِ بالتقاطِهِ. وذهَب الشيخُ في المبسوطِ إلى أنّه لا يقرُّ في يدِهِ [4]؛ لما يؤدّي إلى ضَياعِ نَسَبِهِ.

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٣٤٠.

٢ و ٣. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٢٥.

٤. المبسوط، ج ٣، ص ٣٤١.

ويتولّى الوليُّ التعريفَ عَنِ الطفلِ والمَجنونِ. ولو الْتقطَ العبدُ جاز، ويكفي تعريفُه في تملُّكِ مولاه.

المطلب الثاني في الأحكام

يجبُ أخذُ اللقيطِ على الكفايةِ، وهو حرٌّ على الأصلِ، مُسلمٌ، إلّا أنْ يوجدَ في بلادِ الشركِ وليس فيها مُسلمٌ واحدٌ، وعاقلتُه الإمامُ، ولو تَوالى أحداً جاز.

ويستعين الملتقِطُ بالسلطانِ في النفقةِ، فإنْ تعذَّر فبالمسلمينَ، ويجبُ عليهم، فإنْ تعذَّر أنفَقَ ورجع مع نيَّتِه، ولا رجوعَ لو تبرَّع أو وَجد المُعِينَ، ولو كان مملوكاً باعه في النفقةِ مع تعذُّرِ الاستيفاءِ.

ويَملِك ما يدُه عليه ممّا يوجد فوقَه أو تحتَه أو مَشدوداً في ثيابِه، أويوجد في خيمةٍ أو دارٍ فيها متاعٌ، أو على دابَّةٍ عليها حِمْلٌ وشبهِه، لاما يوجد بينَ يديهِ أو إلى جانِبَيْهِ في الصحراءِ.

ولا يُنفق الملتقِطُ من مالِ المَنبوذِ إلّا بإذنِ الحاكمِ، فيضمَنُ مع إمكانِ الإذنِ.

● ولو جُنِي عليه اقتصَّ له الحاكمُ، أو أخَذ الديةَ إنْ لم يكن وليٌّ غيرَه لاالملتقِط، ولا يجبُ التأخيرُ على رأيٍ.

قوله: «ولو جُنِيَ عليه اقتصَّ لَه الحاكمُ، أو أخذَ الديةَ إنْ لم يكنْ وَليٌّ غيرَهُ لا الملتَقِط، ولا يَجبُ التأخيرُ على رأيٍ».

أقول: يريد لا يَجبُ تأخيرُ القِصاص حتّى يَبلُغَ اللقيطُ، بَلْ يَجوزُ للحاكمِ الاقتِصاصُ عاجلاً، كما يَجوزُ للأبِ والجدِّ، وهو مذهبُ الشيخ نَجمِ الدين [١]؛ لثبوتِ الولايةِ، فجازله الاستيفاءُ كغيرِهِ من الحقوق؛ ولأنّ شَرعيّةَ القِصاصِ لحفظ الأنفسِ، كما بَيَّنَهُ سُبحانَهُ في أوْجزِ كلامٍ بقوله: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [٢]. وتأخيرُه مع بَذلِهِ تركٌ للغايَة.

---

١. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٢٧.

٢. البقره (٢): ١٧٩.

● ويحدّ القاذفُ وإنِ ادّعى الرقّيّةَ على رأي، ويُقبل إقرارُه بالرقّيّةِ مع البلوغِ والرُشْدِ وانتفاء العلمِ بحرّيّته وادّعائه لها.

ويُصدَّق مدَّعي بُنوَّتِه بدون البيّنةِ مع جهالة نَسَبِه وإنْ كان كافراً أو عبداً،

وذهب الشيخ ﷫ في المبسوطِ إلى المَنع من ذلك إذاكان الصَبيُّ مُمَيّزاً؛ لأنّه لا يُعرَفُ مرادُه وقت بُلوغِهِ، وفائت الدَمِ لا يُستَدرك، وطَرَّدَ المَنعَ في حقِّ الأبِ والجدِّ أيضاً، وجوَّز في المَعْتُوهِ المُعسرِ أخذَ المال [1]؛ لعدمِ علمِ وَقتِ زوالِ عُذرِهِ بخلاف الصبيّ.

واعْلَمْ أنّه إذا أخذَ الوليُّ المالَ لِما رأى من المَصلَحةِ لم يَكنْ للمُولّى عليهِ ردُّهُ والاستعادةُ إنْ قلنا إنّ الأخذَ كان مشروعاً، وإلّا فلَهُ . وربّما قيل: إنّ الدفعَ للحيلولةِ، وهو بعيدٌ؛ إذ لا حيلولَةَ من طرَفِ الجاني.

قوله ﷫: «ويُحَدُّ القاذفُ وإنْ ادَّعى الرقّيّةَ على رأي».

أقول: للشيخِ في المبسوطِ هنا قولان:

أحدُهُما: ثبوتُ الحَدّ للحُكمِ بحرّيّتِهِ، وجريانِ أحكامِ الحرِّ عليه كثبوت القصاص.

والثاني: العدم؛ لأنّ الحُكمَ بالحرّيّة مستَنِدٌ إلى الظاهرِ، فيجوزُ كونه مملوكاً في نفس الأمرِ. والأصلُ البراءة [2]، ولأنّه نوعُ شُبهةٍ، والحدودُ تُدرأُ بالشُبهات [3].

والأوّلُ: اختيار الشيخ نجمِ الدينِ في كتابِ اللُقطَةِ [4]، وفي كتاب الحدودِ اختارَ ـ فيما إذا ادّعى المقذوفُ حرّيّةَ القاذفِ وأنكر ـ تقديمَ قولِ القاذف [5]، والفرقُ أنّه إقرارٌ على نفسِهِ وهُنا على غَيره.

إذا عَرفتَ ذلك فإنْ لم نَقُلْ بوجوبِ الحَدّ فلا إشكالَ في وجوبِ التعزير؛ لأنّه مُتيقَّنٌ على كُلٍّ من تقديرَي مانِعَةِ الخُلُوّ.

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٣٤٦.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧.

٣. إشارة إلى النبوي المشهور: «ادرؤوا الحدود بالشُبهاتِ» رواه في الفقيه، ج ٤، ص ٧٤، ح ٥١٤٩؛ الخلاف، ج ٣، ص ٣٤٦، المسألة ٧؛ دعائم الإسلام، ج ٢، ص ٤٦٥، ح ١٦٤٩؛ نصب الراية، ج ٣، ص ٣٣٣؛ الجامع الصغير، ج ١، ص ٢٥، ح ٣١٤.

٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٢٧.

٥. شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٥١.

لكن لا يثبت كفرُه ولا رِقُّه، ويُصدّق الملتقِطُ في دعوى قدرِ الإنفاقِ بالمعروفِ وإنْ كان له مالٌ.

ولو تشاحَّ ملتقطاه أُقرِعَ وإنْ كان أحدُهما مُعْسِراً، ولو تداعيا بُنُوَّته حُكم بالبيّنةِ، فإنْ فُقدَتْ فالقرعةُ.

ولا ترجيحَ لِيد الملتقِط. ● وفي الترجيحِ بالإسلامِ والحرّيّةِ نظرٌ.

ويملكُ آخذُ البعير إذا تُرِك مِنْ جَهْدٍ في غير كَلاءٍ وماءٍ، ولا ضَمانَ.

ويتخيّر آخذُ الشاةِ مِنَ الفَلاةِ بينَ تملُّكِها والضَمانِ، وبينَ الإبقاءِ أمانةً أو الدفعِ إلى الحاكمِ ليَبيعَها لصاحبِها أو يحفظَها ولا ضَمان، وكذا صِغار الممتنعات.

ولو أخذ الشاةَ في العُمرانِ حَبَسها ثلاثةَ أيّامٍ، فإنْ لم يأتِ صاحبُها باعَها وتَصدَّق بالثمنِ، ولو أخذ غيرَها احْتفظَها وأنفقَ عليها منْ غيرِ رجوعٍ، أو دَفعَ إلى الحاكمِ إنْ وجدَه.

قوله ﷺ: «وفي التّرجيحِ بالإسلام والحُرّيّةِ نظرٌ».

أقول: البحثُ فيما إذا كانَ محكوماً بحُرّيّتِهِ وإسلامِهِ، وفيما إذا لم يُحكَم، والمَنشأُ من عمومِ الأدلّةِ الدالّةِ على جوازِ ادّعائهم النسبَ، والتَرجيحُ خلافُ الأصلِ، وهو مذهبُ الشيخِ في الخلاف[1].

ومن شرفِ المُسلم والحرّ، فيكونُ جانِبُهما أقوى، وهواختيارُهُ في المبسوطِ[2]. ورجَّحَ ابن الجُنَيْد دَعوى الحُرِّ على العبدِ[3].

ورُبّما وقَعَ الترجيحُ للمسلمِ والحُرِّ إذا حُكِمَ بإسلامه؛ لثبوتِ إسلامه، وثبوتِ حُرّيّةِ أحد أبويهِ، ولا ترجيحَ في النسبة إلى أحدهما[4].

وهو ضَعيفٌ؛ لأنّه ترجيحٌ بمجرّدِ الاحتمال مَعَ وجودِ المُعارض.

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ٥٩٦، المسألة ٢٥.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٣٥٠.

٣. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج٦، ص ٧٠، المسألة ٥٥؛ وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٣٧.

٤. المرجّح هو فخر الدين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٣٧.

● ولو أخذ غيرَ الممتنع في الفَلاة استعانَ بالسلطانِ في النفقةِ، فإنْ تعذَّر أنفقَ ورجعَ مع نيّتهِ على رأيٍ، وكذا ينفقُ على العبدِ لو التقطه.

● ولوِ انْتفعَ باللبنِ أو الظَهْرِ أو الخدمةِ قاصَّ على رأيٍ.

قوله ﷺ: «ولو أخذَ غيرَ الممتنعِ في الفَلاةِ استعانَ بالسلطانِ في النفقَةِ، فإنْ تَعذَّرَ أنـفقَ ورَجعَ مع نيّتهِ على رأيٍ».

أقول: هذا مذهبُ الشيخِ في النهاية [1]، إلاّ أنّه لم يَذكُرْ نيّةَ الرجوعِ، واختارَهُ نجمُ الدين مع نيّته [2]، كما ذكرهُ المُصنِّفُ؛ لحصولِ الضَرورة؛ إذ الإنفاقُ واجبٌ؛ لوجوبِ الحفظ الموقُوفِ عليهِ، والواجبُ مأذونٌ فيه شرعاً؛ لأنّه مأمورٌ به، وكُلُّ مأمورٍ به فهو مأذونٌ فيه، وكُلُّ مأذونٍ فيه يُرجَعُ به.

وفيه نظرٌ؛ لِمَنعِ المقدّمةِ الأخيرة، ولأنّه يُقالُ: إذا كان واجباً على المُنفِقِ يكـونُ مـؤدّياً للواجبِ، فلا يَستحقُّ عوضاً.

وذهبَ ابنُ إدريسَ إلى عدم الرجوع [3]؛ لأنّه بغيرِ إذنٍ، والأصلُ براءة الذمّة.

قوله ﷺ: «ولو انتفَعَ باللبنِ أو الظَهْرِ أو الخدمَةِ قاصَّ على رأيٍ».

أقول: هذا اختيارُ الشيخِ نجمِ الدين [4]؛ لأنّ كُلّاً منهما له عند صاحبه حـقٌّ، فـيتقاصّانِ كسائرِ الحقوق. قال الشيخُ في النهاية: يكونُ ذلك بإزاءِ ما أنفقَ [5]. ولعلّهُ حَمَلَ على الرهن؛ إذ اختيارُه فيه ذلك تعويلاً على رواية السَكوني عن جعفرٍ، عن أبـيهِ، عـن آبـائهِ ﷺ عـن عليٍّ ﷺ قال، قال رسولُ اللهِ ﷺ: «الظهر يُركَبُ إذا كانَ مرهوناً، وعلى الذي يَركَب النـفقةُ، والدَرُّ يُشرَبُ إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يَشرَبُ نَفَقتُه» [6]. فإنْ كانَ التعويلُ على هذا فـهو ضَعيفٌ؛ لمنعِ الإلحاقِ أوّلاً وضَعفِ سندِ المُلحَقِ بِهِ ثانياً، وعدمِ دَلالة الرواية ثالثاً.

---

١. النهاية، ص ٣٢٤.

٢. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٢٦.

٣. السرائر، ج ٢، ص ١٠١: فأمّا إذا كان غير ممتنع مثل الشاة وغيرها من أولاد البقر فله أن يأخذها... وإن شاء أن ينفق عليها تطوّعاً.

٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٢٣١.

٥. النهاية، ص ٣٢٤.

٦. الفقيه، ج ٣، ص ٣٠٦، ح ٤٠٩٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٥ ـ ١٧٦، ح ٧٧٥.

ولقطةُ غيرِ الحَرَمِ إنْ كانت دونَ الدرهمِ يملكها الواجدُ وإلّا وجبَ تعريفُها سَنَةً، و له أنْ يعرّف بنفسه و بغيره، فإنْ جاءَ صاحبُها فله، وإلّا تخيَّر بينَ المِلكِ والضَمانِ، وبينَ الصدقةِ والضَمانِ، وبين الإبقاءِ أمانةً ولاضمانَ.

ومالايبقى يقوّمُه ويضمَنُ، أو يدفَعه إلى الحاكمِ ولا ضَمانَ.

ويُكرهُ أخذُ اللُقَطةِ والضوالِّ مطلقاً خصوصاً الفاسقَ و المعسِرَ، وماتقلّ قيمتُه ويكثر نفعُه.

ويُستحبُّ الإشهادُ عليها.

والمدفونُ في أرضٍ لا مالكَ لها أو المَفاوِز والخربة فهو لواجدِه، ولو وجد في دارِه أو صُنْدوقِه المختصَّينِ بالتصرُّف فهو له، والمشتركِ لُقَطَةٌ.

ولا يُملك إلّا بعدَ التعريفِ حَوْلاً ونيَّةِ التملّكِ وإنْ بقيتْ أحوالاً، ولا يضمَنُ إلّا بِنيَّةِ اِلتملُّكِ أو التعدّي، ولو دفع إلى الحاكمِ فباعَ دفعَ الثمنَ إلى الملتقِطِ إنْ طلبه.

وهي أمانةٌ في الحولِ، والزيادةُ فيه للمالكِ لا يَضمَنُ إلّا بالتفريطِ، وبعدَه كذلك إنْ لم ينوِ التملّكَ، فإنْ نواه ضَمنَ. والزيادةُ المنفصلةُ له، ولا يجبُ دفعُ العينِ مع المتَّصلةِ بل المثلُ أو القِيمةُ وقتَ الانتقالِ.

ولا يَضمَن المولى بتفريطِ العبد، ولو أخذها المولى أو أمَرهُ بالالتقاطِ ضَمِن.

ولا يجبُ الدفعُ بالوصفِ وإنْ خفِيَ، فلو ردَّها به ضَمِنَ إنْ أقام غيرُه البيّنةَ، ويَستقرُّ الرجوعُ على الآخذِ إنْ لم يكن اعترفَ له بالملك، ولو أقام كلٌّ بيّنةً أُقرِع مع عدمِ الترجيحِ، فإنْ كان دفعها بالبيّنةِ وحُكْمِ الحاكمِ إلى الأوَّلِ لم يضمَنْها للثاني، وإلّا ضمِنَ، ولو تملَّك بعدَ الحولِ ثمّ دفع إلى المدَّعي بالبيّنةِ العِوَضَ ضمِنَ للثاني على كلِّ حالٍ ويَرجعُ على الأوّلِ.

المقصدُ العاشرُ في الغصب

وفيه مطلبانِ:

[المطلبُ] الأوّل في أسباب الضَمان

وهي ثلاثةٌ: [الأوَّلُ:] مباشرةُ الإتلافِ للعينِ أو المنفعةِ، كقتلِ الحيوانِ وسُكنى الدارِ.

و [الثاني:] التسبيبُ، وهو فعلُ ملزومِ العلَّةِ، كحَفْرِ البئر في غيرِ الملكِ، وطرحِ المَعاثِرِ في المسالك، وإلقاءِ الصبيِّ أو الحيوانِ العاجزِ عن الفرارِ في مَسْبَعَةٍ، وفكِّ قيدِ الدابّة والعبدِ المجنونِ، وفتحِ قَفَصِ الطائرِ وإنْ تأخّر طيرانُه، ● ودَلالةِ السُرّاقِ،

قوله ـ في الغَصبِ ـ: «ودَلالةِ السُرّاقِ».

أقول: يُريدُ أنّه من جُملةِ أسباب الضَمانِ دَلالةُ السُرّاقِ عليها؛ إذِ السبَبُ على مافَسَّره الفقهاء، هو إيجادُ ملزومِ العِلَّةِ قاصداً لتوقُّعِ تلك العِلَّة. ومنهم مَن يُفَسِّرُهُ بأنّه فعل ما يَحْصُل عنده التلفُ، لكن بِعلَّةِ غيره [1]، وهو أعمُّ من الأوّلِ؛ لإمكانِ سببٍ آخَرَ بدلاً منه.

وكِلا التعريفين يَشمُلُ صورةَ الفرضِ؛ إذِ الدالُّ أوجدَ الملزومَ الذي هو الدَلالةُ قاصِداً لِتوقُّعِ السرقَةِ من السارِقِ، فَجَرى مَجرى حافِرِ البئرِ، وناصبِ الحَجَرِ، إذ لولاهُ لم يَتحقَّق التلفُ.

وفي هذا نظرٌ، بمنعِ ملزوميّته أوّلاً، فلا يكونُ سبباً، سَلَّمنا أنّه سببٌ إلّا أنّ السارِقَ مُباشِرٌ، ومع اجتماعِ السببِ والمُباشر فالمُباشرُ أولى؛ لقوّتِهِ فهو كالحافِرِ والدافِعِ.

---

١. هو العلّامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٢١، حيث قال: التسبيب هو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلّةٍ أُخرى.

وإزالةِ وِكاءِ الظرفِ فيسيلُ إذا لم يَحبِسْهُ غيرُه، أو يَسيلُ ما ألانَ الأرضُ منه.

● أو بانْقلابِه بالريحِ، أو بإذابةِ الشمسِ على إشكالٍ، أو قَبْضٍ بالسوم، أو بالبيعِ الفاسِد، أو استيفاءِ المنفعةِ بالإجارةِ الباطلةِ.

واعلَمْ أنّي تصفَّحتُ [1] كُتُبَ أصحابِنا (رضوانُ اللهِ عليهم) فلم أجِدْ أحداً قال بالضَّمانِ في هذه الصورةِ إلّا المصنِّفَ ﷺ في هذا الكتابِ، وحَكَمَ في التحريرِ بالضَّمانِ فيها ثمّ استشكَلَهُ [2]. وقد نَصَّ نجمُ الدين [3] والمصنِّفُ في باقي كُتُبه على عدم الضَّمانِ [4]. ورُبما أمكنَ حملُها على المستأمن إذا دَلَّ السُّرّاقَ على أمانتِهِ، وهو تَعَسُّفٌ؛ ولأنّه لا حاجةَ إلى الإشكالِ المذكور في التحريرِ حينئذٍ.

قوله ﷺ: «أو بانقلابِهِ بالريحِ، أو بإذابةِ الشمسِ على إشكالٍ».

أقول: يُريدُ أنّه إذا أزالَ وِكاءَ الظَّرفِ فانقَلَبَ بالريحِ، أو أذابَته الشمسُ ضَمِنَ المُزيلُ على إشكالٍ.

ينشأ من تفسيرِ السَّببِ المُقدَّمِ المتضمِّنِ لقصدِ توقُّعِ تلك العلَّةِ، والفاتحُ لم يقصدْ بفَتحِهِ تَحصيلَ حَرارَةِ الشمس، وهبوبَ الريحِ؛ لعدمِ القُدرَةِ عليه، ولأصالةِ البراءَةِ.

ومن أنّ المُباشِرَ هنا ضعيفٌ، فيكونُ الضَّمانُ على فاعلِ السبب. وقد مُنِعَ أنْ لا يَقصُدَ شُروقَ الشَّمسِ؛ فإنّه مما يُتوقَّعُ [5]، وإنْ لم يكن بفعلِ المُتوقِّعِ ـ كالنِتاجِ ـ فإنّه مضمونٌ لو حصلَ؛ لأنّه ممّا يُتوقَّعُ، ولدخولِهِ في التفسيرِ الثاني للسبب.

---

١. صَفَحَ القومَ صَفحاً: عَرَضَهم واحداً واحداً، وكذلك صَفَحَ ورقَ المصحف. وتَصفَّحَ الأمر وصَفَحَه: نظر فيه. لسان العرب، ج ٢، ص ٥١٤، «صفح».

٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٥٢٥، الرقم ٦١٤٣.

٣. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٨٧.

٤. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٢٣؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٥ (الطبعة الحجريّة).

٥. المانع هو العلّامة في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٤ ـ ٣٧٥ (الطبعة الحجريّة)؛ وأمّا إذا كان جامداً مشدوداً فشرقت الشمس عليه فأذابته وضاع أوذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الهواء فالوجه الضمان؛ لأنّ الشمس تذيب ولا تخرج، فيكون الخروج بفعله؛ ولأنّ الشمس ممّا يعلم شروقها، فيكون الفاتح له معرضاً ما فيه للشمس.

● ولو غصَب شاةً فمات ولدُها جُوعاً، أو حَبسَ مالكَ الماشيةِ عن الحفظِ فَتلفَتْ، أو غصب دابّةً فتبعها الولد ففي الضَمان نظرٌ.

ولو فَتَح باباً على مالٍ فسُرِق أو نَقَب أو أزالَ قيداً عن عاقلٍ أو مَنَع المالكَ عن القُعودِ على بساطِه فَتلِفَ أو منعه عن البيعِ فنقصتِ القِيمةُ السُوقِيَّةُ أو تَلِفَتْ عينُه فلا ضَمانَ.

ولوِ اتَّفق المباشرُ والسببُ فالضَمانُ على المباشِرِ، إلّا مع الإكراهِ فالضمانُ على القاهِرِ.

ولو أرسل في ملكِه ماءً أو أجَّجَ ناراً فأغرَق مالَ غيرِه أو أحْرقَ لم يضمَن، إلّا مع التجاوز عن قَدرِ الحاجةِ اختياراً مع علمه أو ظنّه بالتعدّي.

و [الثالثُ:] الغَصبُ، و هو الاستقلالُ بإثباتِ اليدِ منْ دونِ المالكِ في العقارِ وغيره، فلو سَكنَ الضعيفُ عن المقاوَمةِ مع غَيبةِ المالك أو أسكن غيرَه فغاصِبٌ، ولو كان المالكُ حاضراً فلا.

ولو سكن مع المالكِ قَهراً ضَمِنَ النصفَ، ولو مَدَّ بِمقْوَدِ الدابّةِ ضَمنَ، إلّا أنْ يكونَ المالكُ راكباً، إلّا مع الإلجاءِ.

وغصبُ الحاملِ غصبُ الحَمْلِ.

قوله ﷺ: «ولو غَصَبَ شاةً فماتَ ولدُها جُوعاً، أو حَبَسَ مالِكَ الماشَيةِ عن الحفظِ فَتلفَتْ، أو غَصَبَ دابَةً فَتَبِعها الولدُ ففي الضَمانِ نظرٌ».

أقول: النظرُ في هذهِ الثلاثِ يَنشأُ من عدمِ الاستقلالِ بإثباتِ اليَدِ على الولدِ والماشيةِ، فلايَتحقَّقُ الغصبُ، فينتفي الضَمانُ.

ومن أنّه سببٌ في إتلافها؛ إذ لولاه لم يَتحقّقِ التَلفُ، وإنْ كان لعلّةٍ أُخرى خارجةٍ عنه، والبحثُ هنا كما قَبلهُ.

وربما يُقالُ في الكُلِّ: إذا شُكَّ في السَببيّةِ أو في التَرجيحِ رُوعيَ أصلُ البَراءَةِ.

ولا يُضمَنُ الحرُّ بالغصبِ وإنْ كان صغيراً، ● ولو تلفَ الصغيرُ بسببٍ، كلَدْغِ الحيَّةِ و وقوعِ الحائطِ قال الشيخُ: يَضْمَنُهُ.

ولوِ اسْتخدمَ الحرَّ ضَمِنَ أُجرتَه، ولا يضمَن بدونه وإنْ كانَ صانعاً.

● ولو اسْتأجره لعملٍ فَاعْتَقَلَه ففي ضَمانِ الأُجرةِ نظرٌ.

قوله: «ولو تَلِفَ الصَغيرُ بسببٍ، كلَدْغِ الحيَّةِ ووقوعِ الحائِطِ قال الشيخُ: يَضْمَنُه».

أقول: للشيخِ في هذهِ المسألةِ قولانِ:

أحدُهما: الضَمانُ، ذكرهُ في كتابِ الجِراحِ من المبسوطِ [1]؛ لأنّه فَعَلَ سَبَبَ الإتلافِ بحيث لا يُمكِنه الاحترازُ؛ إذ الفَرضُ صِغَرُه، فكانَ كحافِرِ البئرِ فيقعُ فيها الغَيرُ، ولأنّه أحوط.

والثاني: عَدَمُهُ، وهو قوله في كتابِ الغصبِ من المبسوطِ [2] وفي الخلافِ [3]؛ لأنّ الحُرَّ لا يُضمَنُ باليدِ بلا سببٍ، وظاهرٌ أنّه ليس بمباشرٍ، والضَمانُ مُعلَّلٌ بهما، وانتفاءُ العِلَّةِ المساوية يوجبُ انتفاءَ المعلولِ، ولأصالة البراءةِ.

ثمّ قال في الخلاف ـ عَقيبَ حِكايةِ مذهبِ بَعضِ العامّةِ [4] في الضَمان ـ: ولو قُلنا بقولِهِ كانَ قَوِيّاً [5].

وقَوّى المصنّفُ في المختلفِ الضَمانَ [6]، وهو الذي صَدَّرَهُ في القواعد [7].

قوله: «ولو استأجَرَهُ لعملٍ فاعتَقَلَهُ ففي ضَمانِ الأُجرةِ نظرٌ».

أقول: يُريدُ أنّه لواستأجرَ الحُرَّ لعملٍ لا زماناً فحبسَهُ مدّةً كان يمكنُهُ استيفاءُ العملِ فيها فهل تَستَقِرُّ عليه الأُجرةُ؟ نظرٌ.

---

١. المبسوط، ج ٧، ص ١٨.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ١٠٥.

٣. الخلاف، ج ٣، ص ٤٢١، المسألة ٤٠.

٤. هو قول أبي حنيفة كما في بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٤٦؛ الفتاوي الهندية، ج ٥، ص ١٤٨ ـ ١٤٩.

٥. الخلاف، ج ٣، ص ٤٢١، المسألة ٤٠.

٦. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٠٠، المسألة ٩٧.

٧. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٢٣.

ولو غصب دابّةً أو عبداً ضمنَ الأُجرةَ وإنْ لم يستعمِلْهما.

ولا يضمَنُ الخمرَ لو غصبَها منْ مسلمٍ، ويضمَنُ بالقِيمةِ لو غصبَها مِنَ الكافرِ مستتِراً، وكذا الخنزيرُ.

ولو تعاقبتِ الأيدي الغاصبةُ تخيَّرَ في التضمين.

المطلبُ الثاني في الأحكام

يجبُ ردُّ العينِ وإنْ تعسَّر، إلّا مع التلفِ بالنَزعِ، أو يُخاط بالمغصوبِ جُرحُ ذي حُرمةٍ فيضمَن القِيمةَ.

ولا يضمَن تفاوتَ السوقِ مع الردِّ.

وإنْ تعيَّب ضمِنَ الأرشَ، وإنْ كانَ غيرَ مستقرٍّ تجدّد ضَمانُ المتجدّد.

منشؤهُ من أنّ منافعَ الحرّ لا تُضْمن إلّا بالتفويتِ لا بالفَواتِ؛ لعدم دخولِ الحرّ تحت اليَدِ؛ إذ ليس مالاً، ولم يحصل التفويت؛ ولأصالة بقاء العمل في ذمّتِهِ.

ومن وجوب الأُجرة بنفسِ العقدِ على المنفَعةِ التي كان المالكُ سبباً في ضَياعِها باعتقالِهِ لَهُ فَتستقِرُّ في ذمّتهِ، كما لو قَدَّرهُ بزمانٍ وحبسَهُ حتّى انقضى ذلك الزمان.

وبعضٌ بناها على أنّ إجارةَ الحرِّ نفسَهُ هل هي تمليكٌ للمَنافعِ؟ يُحتَمَلُ ذلك؛ لأنّ له أنْ يَتَصرَّفَ فيها بالإجارةِ وغَيرِها؛ ولهذا لو استَعْمَلهُ آخَرُ ضَمِنَ أُجرَةَ المِثلِ للمستأجرِ.

ويُحتَمَلُ أنّه التزامٌ بعَملٍ كالدَينِ في ذمّتِهِ. فعلى الأوّلِ تستقرُّ الأُجرةُ. ويُضعَّفُ بأنّ المنافعَ مَعدومةٌ، ولَيستْ تابعةً لِعَيْنٍ مملوكةٍ. وعلى الثاني لا يَضْمَنُ[1]. ويُؤيِّد الأوّلَ ضَمانُ منفعةِ المُستأجرِ لِقَطعِ الضِرسِ.

---

١. لاحظ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٦٨.

● وإنْ تَلِفَ ضمِن بالمثلِ في المثلي، ومع التعذُّرِ القيمةَ وقتَ الدفعِ، وفي غيرِه بالقيمةِ عندَ التلفِ على رأي، والأعلى من حينِ الغصْب إلى التلفِ على رأي.

قوله: «وإنْ تَلِفَ ضَمِنَ بالمِثلِ في المِثلي، ومع التعذُّرِ القيمةَ وقتَ الدفعِ، وفي غَيرِهِ بالقيمة عند التَلَفِ على رأي، والأعلى من حينِ الغصبِ إلى التلفِ على رأي».

أقول: أطبَقَ الأصحابُ على ضَمانِ المِثلي ـ وهو ما تتساوى أجزاؤهُ في الحقيقةِ النوعيّةِ ـ بالمِثلِ، إلّا ما يَظْهرُ من كلام ابن الجُنَيْد فإنّه قال: إنْ تَلِفَ المغصوبُ دَفَعَ قيمتهُ أو مِثلَهُ إنْ رضي صاحِبُهُ [١]. ولعلَّهُ يُريدُ به القيمي، فإنّ في ضَمانِه بالمثلِ خلافاً. وظاهرُ مذهبِ الشيخِ المُحقّقِ نجمِ الدين في بَعضِ المواضع ضَمانُه بالمِثلي [٢]، والمشهور خلافه.

واختلفَ الأصحابُ في القيمي على ثلاثةِ أقوالٍ:

الأوّل: ضَمانُه بالقيمةِ حينَ التلفِ، وهو مذهبُ ابن البرّاجِ [٣]، واختارَهُ المصنِّفُ في المختلفِ [٤]؛ لأنّه وقتُ الاستقرار، ولأنّ الغاصبَ إنّما خُوطِبَ بدفعِ القِيمَةِ عند التلفِ، ضرورةَ أنّه مع بقاء العَينِ يجبُ عليه ردُّها، فيُقضى عليه بالقِيمَةِ حالةَ وجوبها.

الثاني: ضَمانُه بِقيمتِهِ وقتَ القَبضِ؛ لأنّه قَبَضهُ مضموناً، والضَمانُ إنّما هو بِقيمَتِه، فيقضى بِهِ حالة ابتدائه، وهو مذهبُ الشيخ في موضعٍ من المبسوطِ [٥].

وفيه نظرٌ؛ لأنّه إنْ عَنى به الضَمان الوقوعي مَنعناهُ وقت القبضِ، وإن عَنى به مطلق الضَمانِ سلَّمناهُ لكن لا يتعيّن كونه حين القبض؛ لجوازِ كونه وقت الوقوعِ.

الثالث: ضَمانُه بأعلى القِيَمِ، من حينِ القَبْضِ إلى حينِ التَلَفِ، وهو مذهبُ الشيخِ في

---

١. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٩٦، المسألة ٨٤.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٦٢، قال: كلّ مايساوي أجزاؤه، يثبت في الذمّة مثله... وما ليس كذلك، يثبت في الذمّة قيمته وقت التسليم. ولو قيل: يثبت مثله أيضاً، كان حسناً.

٣. المهذّب، ج ١، ص ٤٣٦ ـ ٤٣٧.

٤. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٨٠، المسألة ٦٧.

٥. المبسوط، ج ٣، ص ٦٠.

ويضمنُ الأصلَ والصنعةَ وإنْ كان رِبَويّاً، ولو كانتْ مُحَرَّمةً لم يَضمَنْها.

● وفي أعضاءِ الدابّةِ الأرشُ على رأي.

موضع آخرَ من المبسوطِ [1]، وفي الخلافِ [2] والنهاية [3]؛ لأنّه مضمونٌ في جميعِ حالاتِهِ التي من جُملتِها حالَةُ أعلى القِيَمِ، ولو تَلِفَ فيها لَزِمَهُ ضَمانُه وكذا بعدَهُ، ولأنّه يناسِبُ التغليظَ على الغاصبِ، واستحسنَهُ الشيخُ نجمُ الدين، ثمّ تَردَّدَ في ضَمانِ مازادَ بعد التَلَفِ [4]، وكأنّه بنى على ضَمانه بِمثله، وهو بعيدٌ.

واعْلَمْ أنّ الخلاف لم يَقَعْ في نَقصِ القِيمَةِ بعيبٍ أو نقصانِ صفةٍ بل في نقصِ القِيمَةِ السُوقِيّة.

قوله ﷺ: «وفي أعضاءِ الدابّةِ الأرشُ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ الشيخِ ﷺ في المبسوطِ [5] والقاضي [6] وابن إدريسَ [7] ونجمِ الدين [8]؛ لأنّها مالٌ يَجبُ فيه الأرشُ كسائر الأموالِ. وقال في الخلافِ: عليه في كُلِّ مافي البدَن منه اثنانِ القِيمَةُ، وفي أحدِهما نِصفُها محتجّاً بالإجماعِ والرواية [9]، وهي: «كُلُّ ما في البدنِ منهُ اثنانِ ففي الاثنينِ جميعُ القيمةِ، وفي الواحد نصفُها» هكذا زعمَ ابنُ إدريسَ، وضَعَّفها؛ بأنّها لم تَردْ إلّا في الإنسانِ، وحَمْلُ البهائمِ عليها قياسٌ [10].

ويمكنُ أنْ تكونَ الروايةُ غَيرَ هذه، إلّا أنّني لم أجِدْ في كُتبِ الأصحابِ شَيئاً في هذا

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٧٢.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٤٠٣، المسألة ١٤ و ص ٤١٥، المسألة ٢٩ و ٣٠.

٣. لم نعثر عليه في النهاية ولا على من حكى عنه من المتقدّمين على الشهيد، ومن المتأخّرين نسبه إلى النهاية ابن فهد الحلّي في المهذّب البارع، ج ٤، ص ٢٥٢؛ والمقتصر، ص ٣٤٢.

٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٨٩.

٥. المبسوط، ج ٣، ص ٦٢.

٦. المهذّب، ج ١، ص ٤٣٧.

٧. السرائر، ج ٢، ص ٤٨٨ و ٤٩٧ ـ ٤٩٨.

٨. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٨٩.

٩. الخلاف، ج ٣، ص ٣٩٧، المسألة ٤.

١٠. السرائر، ج ٢، ص ٤٩٧ ـ ٤٩٨.

وبَهيمةُ القاضي كغيره.

● ولو تلف العبدُ أو الأمةُ ضمن قِيمتَهما وإنْ تجاوزتِ الديةُ على رأي.

المعنى، سِوى ما رواهُ ابنُ يعقوبَ بإسناده إلى عاصِمِ بن جَميلٍ، عن الباقر عليه السلام [١]، وبإسنادهِ إلى مِسمَعٍ عنِ الصادقِ عليه السلام: «إنّ علياً (صلوات الله عليه) قَضى في عَينِ الدابّةِ برُبع ثَمَنِها» [٢].

وروى أبو العبّاسِ عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «من فَقأَ عَينَ دابّةٍ فعليهِ رُبع ثَمَنِها» [٣].

قوله رحمه الله: «ولو تَلِفَ العبدُ أو الأمةُ ضَمِنَ قِيمَتَهما وإنْ تَجاوزتِ الدِيةُ على رأي».

أقول: هذا قولُ ابن إدريسَ [٤] ونجمِ الدين [٥]؛ لأنّه مالٌ فَيضمَنُه بِقيمَتِهِ كغَيرِه من الأموالِ، وإنّما اقتصرنا في غَيرِ الغاصبِ على الديةِ؛ عملاً بالاتّفاقِ فَيبقى ما عَداهُ على الأصلِ، ولأنّه أغلظُ.

وذهبَ في المبسوطِ [٦] والخلافِ إلى الردِّ إلى دية الحُرّ [٧]؛ تسويةً بين الغاصبِ وبين غَيرِه. ولأصالَةِ البراءةِ، ولأنّ الأغلبَ فيهِ الإنسانيّةُ لا الماليّةُ.

وقال المصنّفُ:

الظاهرُ أنّ الشيخَ أرادَ به الجاني دونَ الغاصبِ؛ لأنّه قال في المبسوط: إذا غَصَبَ عبداً فقطعَ آخرُ يدَهُ، فإن رَجَعَ السيّدُ على الغاصبِ رَجَعَ بأكثرِ الأمرينِ ممّا نقص وأرشِ الجِنايةِ، وإنْ رَجَعَ على القاطعِ رَجع بالأرشِ، وهو نصفُ القِيمَةِ، والزائدُ في مالِ الغاصبِ؛ لاختصاصِ ذلكَ بالجاني، فلا يُتعدّى إلى الغاصبِ؛ لما فيه من مخالَفةِ الأصلِ، فإنّ العبدَ مالٌ [٨].

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٣٦٧، باب فيما يصاب من البهائم ...، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٣٠٩، ح ١١٥١، وفيهما: «عن عاصم بن حميد، عن محمّد بن قيس».

٢. الكافي، ج ٧، ص ٣٦٧، باب فيما يصاب من البهائم ...، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٣٠٩، ح ١١٥٢.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٣٦٨، باب فيما يصاب من البهائم ...، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٣٠٩، ح ١١٤٩.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٤٩٢.

٥. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٠.

٦. المبسوط، ج ٣، ص ٦٢.

٧. الخلاف، ج ٣، ص ٣٩٨، المسألة ٥.

٨. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٨٩، المسألة ٧٦؛ ولاحظ المبسوط، ج ٣، ص ٩٨.

ولو قتله أجنبيٌ ضمِن قيمةَ الحرِّ مع التجاوزِ والزائدُ على الغاصبِ.

● ولو مثل به لم ينعتقْ على رأيٍ. ومُقدّرُ الحرِّ مُقدّرٌ فيه وإلّا الحكومةَ.

قولُه ﷺ: «ولو مثل به لم يَنعَتقْ على رأيٍ».

أقول: وجهُ الاقتصارِ بحكمِ التنكيلِ المخالفِ للأصلِ على المولى، ولعمومِ قولِ النبيِّ ﷺ: «لا عِتقَ قَبلَ مِلكٍ»[1]، وهو ظاهرُ اختيارِ نجمِ الدين[2]. وقال الشيخ ﷺ في المبسوطِ[3] والخلافِ: يَنعَتِقُ[4]، وتبِعهُ ابنُ البرّاجِ[5]، طرداً للتنكيلِ؛ إذ لا خصوصيّةَ للمولى، ومن فوائد المصنِّفِ:

يُمكنُ رجوعُ الخلافِ في الحُكمِ إلى الخلافِ في الحِكمةِ؛ فإنْ كانت في المولى للعقُوبَةِ لم يَطّرِدْ، وإنْ كانت جَبْرَ وَهْنِ المنكَّلِ به بالحُرِّيّةِ اطّرد[6].

وربما قيل: هل بالتنكيلِ يَخرُجُ العبدُ عن المِلكيّةِ، أو المولى عن أهليّةِ المِلكِ بالنسبةِ إلى العبد أو عقوبةٌ محضة؟ فعلى الأخيرَينِ لا عِتقَ، وعلى الأوّلِ يَنْعَتِقُ[7]، وكُلُّ ذلك ردٌّ إلى ما لم يعلم.

ويُمكِن التمسّكُ بما رَواهُ في التهذيبِ بإسنادِهِ إلى جعفرِ بن محبوبٍ عمّن ذَكَرَهُ، عن أبي عبدالله ﷺ قال: «كُلُّ عبدٍ مُثلَ[8] به فهو حُرٌّ»[9].

---

١. الكافي، ج ٦، ص ١٧٩، باب أنّه لاعتق إلّا بعد ملك، ح ١؛ الفقيه، ج ٣، ص ١١٦، ح ٣٤٤٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٥، ح ١٤.

٢. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٠: ولو جنى الغاصب عليه بمادون النفس، فإن كان تمثيلاً قال الشيخ: عتق وعليه قيمته، وفيه تردّد ينشأ من الاقتصار بالعتق في التمثيل على مباشرة المولى.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٦٢.

٤. الخلاف، ج ٣، ص ٣٩٨، المسألة ٦.

٥. المهذّب، ج ١، ص ٤٣٧.

٦. حكاه الشهيد الثاني في مسالك الأفهام، ج ٢، ص ٢٦١، و العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٧١ عن العلّامة، ولم نقف عليه في مصدر متقدّم على الشهيد.

٧. والقائل فخرالدين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٨٤.

٨. في النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ٢٩٤، «مثل»: يقال: مثلت بالحيوان أمثّل به مَثْلاً إذا قطعت أطرافه وشوّهت به، ومَثّلت بالقتيل، إذا جَدَعْت أنفه، أو أذُنَه، أو مَذاكِيرِه، أو شيئاً من أطرافه.

٩. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٣، ح ٨٠١؛ ورواه الكليني في الكافي، ج ٦، ص ١٨٩، باب المملوك إذا عمى ....، ح ١.

● ولو استغرقتِ القِيمةَ قال الشيخُ: دفع وأخذَها أو أمسكَ مجّاناً، وفيه نظرٌ.
ولو زادتْ قِيمتُه بالخِصاءِ وقطعِ الإصْبَعِ الزائدةِ ضمنَ المقطوعَ.
ولا يَمْلِكُ الغصْبَ بتغييرِ الصفةِ، ولا بصيرورةِ الحَبِّ زَرْعاً والبيضِ فَرْخاً.
ولو تعذّر العينُ فدفع القيمةَ مَلَكَها المالكُ، ولم يَملِكِ الغاصبُ الغصبَ وعليه الأُجرةُ إلى وقت أخذِ البَدَلِ، فإنْ تمكّن بعدَ ذلك مِنَ العينِ وجب دفعُها ويَستعيدُ ما غَرِمَ.
ويضمَنُ التالفَ منَ الخُفَّينِ بقِيمتِه مجتمعاً، ويَرُدُّ الباقي وأرشَ نَقْصِ الانْفراد، ولو أخذ أحدَ الخُفَّينِ ضَمِنَه مجتمعاً.

ولا تُعارِضُهُ روايةُ أبي بصيرٍ عن أبي جعفرٍ ﷺ: «قَضى أميرُ المؤمنينَ ﷺ فِيمَنْ نَكَّلَ[1] بمملوكِهِ أنّه حُرٌّ لا سَبيلَ عليه، سائبةٌ فيذهبُ فَيتولّى إلى من أحَبَّ»[2]. فإنّ مفهومَ الوصفِ ليس بحُجَّةٍ.
قوله ﷺ: «ولو استغرقت القِيمَةَ قال الشيخُ: دفعَ وأخذها أو أمسكَ مجّاناً، وفيه نظرٌ».
أقول: هذا قوله في المبسوط[3]. ووجه النَظَرِ أنّ الاتّفاقَ على هذا الحُكمِ إنّما وقَعَ في الجاني، فلا يُحمَلُ الغاصبُ عليه؛ للزوم القياس[4]. وهو اختيارُ ابن إدريسَ[5] وظاهرُ كلام نجمِ الدين[6].
ومن أنّ المقتضي للدفعِ إلى الجاني هو أخذُ قِيمَتِهِ؛ لئلّا تَجتمِعَ للمالكِ العينُ والقِيمةُ وهو موجودٌ في الغاصبِ. ورُدَّ بأنّ المدفوعَ عوضُ الفائتِ فلا جَمْعَ.

---

١. في النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٥، ص ١١٧، «نكل»: وقد نكَّل به تَنكيلاً ونَكَل به إذا جعلهُ عِبرةً لغيره، والنَّكال: العقوبة التي تَنكُل الناس عن فعل ما جُعِلَتْ له جَزاء.
٢. الكافي، ج ٧، ص ١٧٢، باب ولاء السائبة، ح ٩؛ الفقيه، ج ٣، ص ١٤٢، ح ٣٥٢٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٣، ح ٨٠٢.
٣. المبسوط، ج ٣، ص ٦٢.
٤. لاحظ مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٨٨، المسألة ٧٤.
٥. السرائر، ج ٢، ص ٤٩٦ ـ ٤٩٧.
٦. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٠.

ولو أطعمه المالكَ أو أباحَه في ذَبْحِ الشاةِ جاهلاً لم يَزُلِ الضَمانُ، ولو أطعمه غيرَ المالكِ تخيَّر، فإنْ رجعَ على الآكلِ رجعَ الآكلُ على الغاصبِ مع الجهلِ، وإلّا فلا، وإنْ رجع على الغاصبِ رجعَ على الآكلِ العالِم.

ولو أنزى فحلاً مغصوباً فالولدُ لصاحب الأُنثى وعليه أُجرةُ الضِراب وأرشُ النقصِ، ويضمَنُ الأُجرةَ مدَّةَ بقائه إنْ كان ذا أُجرةٍ وإنْ لم ينتفع، والأرشَ إنْ نقص، ولا يتداخلانِ وإنْ كانَ النقصُ بسببِ الاستعمالِ.

● وَيضمَنُ نقصَ الزَيْت والعصيرِ على رأي لو أغلاهما.

ولو زادَتْ بفعلِ الغاصبِ أثراً تَبِعتْ، وإنْ نقصتْ ضمنَ، ولو صَبَغَ فله قَلْعُ صِبْغِه ويضمَنُ النقصَ، ولوِ امْتنعَ أَلزمَهُ المالكُ، ولوِ اتَّفقا على التبقيةِ وبَيعِ الثوبِ فللمالكِ قِيمةُ ثوبِه كَمَلاً.

● ولو مزجه بالمثلِ تَشارَكا، وكذا بالأجودِ على رأي، وبالأردا أو بغير الجنسِ يضمن المثلَ.

قوله ﷺ: «ويَضمَنُ نَقصَ الزيتِ والعَصيرِ على رأي لو أغلاهما».

أقول: أمّا الزَيتُ فلاريبَ فيه؛ لِنقصِ أجزائِهِ الزَيتيّة، إذ لا تَعقِدُ النارُ أجزاءَهُ.

وأمّا العصيرُ فالأقوى فيه ذلكَ؛ لإدخالِهِ النقصَ عليهِ. وذهبَ الشيخُ في المبسوطِ إلى عدمِ الضَمان في العَصيرِ [1]؛ لأنّ الأجزاءَ الذاهبةَ منهُ أجزاءٌ مائيّةٌ لا قيمةَ لها؛ إذ أجزاؤهُ تَنعقدُ بالغَلَيان؛ لهذا يَتغيَّرُ طَعمُهُ.

قوله ﷺ: «ولو مَزَجهُ بِالمِثلِ تشارَكا، وكذا بالأجوَدِ على رأي».

أقول: نَقلَ ابنُ إدريسَ [2] ونجمُ الدينِ هذا القولَ عن بَعضِ أصحابِنا [3]، وهو الأقوى؛ لوجودِ عَينِ المغصوبِ المقتضي للتسلُّطِ عليها، وعَدَمِ الانتقالِ إلى مِثلهاأوقِيمَتِها،

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٨١ـ٨٢.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٤٨٢.

٣. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٣.

والنَماءُ المتجدّدُ مضمونٌ كالأصلِ وإنْ كان منفعةً، ولو سَمِنَ فزادَتْ قيمتُه ثمّ هَزَلَ فنقصتْ ضمن الغاصبُ، فإنْ عاد السِّمَنُ والقِيمةُ فلاضَمانَ، ولو عـاد غـيرُ السِّمَنِ لم يَجْبُرِ الهُزال.

ولو عَلَّمه صنعةً فزادتْ قيمتُه ثمّ نسيها ضمن النـقصَ، ولو زاد مـالم تَـزِدْ بـه القِيمةُ فلا شيءَ في تلفِه.

وعليه عُشْرُ قِيمةِ المملوكَةِ البكر ونصفُ عُشرِ الثيِّب إنْ وطأها جاهلةً أو مُكْرَهةً، ● ولو طاوعَتْه عالمةً فلا شيءَ على رأيٍ إلّا أرشُ البِكارة، ومع جهلهما بالتحريمِ يتحرّرُ الولدُ، وعليه قِيمتُه يومَ سقَط حيّاً، وأرشُ نَقْص الولادةِ والعُقْرِ.

ولا تقدحُ في ذلك الزيادةُ؛ لأنّها زيادةُ صفةٍ بفعلِ الغاصِبِ، فكانَ كما لو عَلَّمَ العبدَ صَـنعةً. وجزَمَ به المصنِّفُ في القواعدِ [1]، وقال الشيخُ في المبسوطِ [2] وابنُ إدريسَ: يَتَخيَّر الغاصبُ في دَفعِ القَدرِ من العينِ أو غيرِها [3]؛ لأنّ العينَ قد استهلِكَتْ؛ إذ لا يَقدرُ على الردّ لو طالَبَهُ.

قولهُ ﷺ: «ولو طاوَعَتْهُ عالمةً فلاشيءَ على رأيٍ».

أقول: يُريدُ لو طاوَعَتِ الأمة المغصوبةُ الغاصِبَ الواطِئَ، فلامَهرَ لها على رأي الشيخ [4] وابن إدريسَ [5] ونَجمِ الدين [6]؛ للنهي عن مَهرِ البَغِيّ [7]. والسِرُّ فيه أنّ البُضْعَ لا يَدخُل تَحتَ اليد الغاصِبَةِ إجماعاً، بل لا يضمن إلّا بالاستيفاءِ حَيثُ يُقَدِّرُ لهُ الشارعُ عوضاً، ولم يَثبُتْ في غَيرِ

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٢٥.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٧٩ ـ ٨٠.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٤٨٢.

٤. المبسوط، ج ٣، ص ٦٧.

٥. السرائر، ج ٢، ص ٤٨٨ـ ٤٨٩.

٦. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٦.

٧. إشارة إلى النبوي إنّ رسول اللهﷺ نَهى عَـن مَـهرِ البَـغيّ. سـنن أبـي داود، ج ٣، ص ٢٦٧، ح ٣٤٢٨؛ وأيـضاً ص ٢٧٩، ح ٣٤٨١؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٤٣٩، ح ١١٣٣؛ سـنن ابـن مـاجة، ج ٢، ص ٧٣٠، ح ٢١٥٩؛ صحيح مسلم، ج ٣، ص ١١٩٨، ح ٣٩/١٥٦٧؛ وفي تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٣٥، ح ٥٩٩: «... ثمن الخمر ومهرُ البغيّ سُحتٌ».

● ولو سقطَ ميّتاً فعليه الأرشُ وإنْ لم يكنْ بجنايتِه على رأيٍ، ولو سقطَ بجنايةِ

النكاحِ الصَحيحِ وشِبهِه. ونَقَلَ الشيخُ نَجمُ الدين عن بَعضهم أنّه يَلزَمُ الغاصبَ عِوضَ البُضْعِ؛ لأنّه للمالكِ[١]، فلا يُسْقَطُ بتسليطِها الغاصبَ عليه، واحتملَهُ المصنِّفُ في المختلف[٢].

واعلَمْ أنّه لاإشكالَ في وجوبِ أرشِ البكارة لو كانت بِكراً، إنّما الشكّ في عِوضِ البُضْعِ، وقد صَرَّحَ به المصنِّفُ بعد هذا.

قوله ﷺ: «ولو سَقَطَ مَيّتاً فعليه الأرشُ وإنْ لم يكن بِجنايتِه على رأيٍ».

أقول: يُريدُ أنّ الغاصِبَ لو جَهِلَ التحريمَ كان ولدهُ حُرّاً، وعليه قِيمَتهُ يومَ سَقَطَ حَيّاً وأرشُ نَقصِ الولادة؛ فإنْ سَقَطَ مَيّتاً فعليهِ أرشُ نقصِ الولادةِ خاصّةً لا قيمةُ الولدِ على رأي الشيخ ﷺ في المبسوطِ؛ لأنّه لا يَعلَمُ كونَه حيّاً قبل ذلكَ، ولعدم الحيلولَةِ[٣].

هذا إذا سَقَطَ لابجنايَةِ جانٍ، وأمّا لوسَقَطَ بها فَعلَيهِ الضَمانُ؛ لأنّ الإلقاءَ عقيبَ الضَربِ يَظْهر منه أنّ الموتَ بسببه بخلاف الأُولى؛ فإنّ الأصلَ فيها عَدمُ الحياةِ حتّى يَعلم غَيرُهُ.

والشيخ نجمُ الدينِ استشكلَ ذلك[٤] بتضمينِ الأجنبي لوضَرَبَها وإن ألقتهُ ميّتاً، كما حَكَم به الشيخُ[٥]، والفرقُ بينهما ضَعيفٌ، لكن يُفرّق بأنّ الأجنبيَ لمّاضَمِنَ للغاصبِ كانَ الولدُ كالحيّ، فيَضمنهُ الغاصِبُ للمالكِ.

هذا تَقريرُ المَسألةِ المشهورةِ بما قَرَّرها الأصحابُ والمصنِّفُ في كُتُبه[٦]، وأمّا عبارة هذا الكتابِ فلا تَخلو عن إشكالٍ؛ إذ ظاهرُها لا يدُلُّ إلّا على ثُبوتِ الأرشِ، ولاخلافَ فيه.

فلا يجوز أنّ «الرأيَ» يَرجِعُ إليه، ولم يَذكُرْ فيها قِيمةَ الولدِ، وهو الذي وقع فيهِ النِزاعُ، ثمّ إنّه على تقديرِ أنْ نَقولَ: الخلاف في الاقتصارِ على الأرش ـ أي أنّ عليهِ الأرشَ خاصّةً على

---

١. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٦.

٢. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٨٩، المسألة ٧٧.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٦٥ ـ ٦٦.

٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٦.

٥. المبسوط، ج ٣، ص ٦٦.

٦. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٣٦؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٩٧ (الطبعة الحجريّة)؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٤، ص ٥٤٤، الرقم ٦١٦٠.

أجنبي ضمن الضاربُ ديةَ جنينٍ حرٍّ للغاصبِ، وضمنَ الغاصبُ للمالكِ ديةَ جَنينِ أمةٍ، ولو كانا عالمَيْنِ بالتحريمِ حُدّاً والولدُ رقٌّ للمولى. ولو سقط بجنايةِ أجنبي فعليه ديةُ جَنينِ أمةٍ للمولى.

ولو صار العصيرُ خمراً ثمّ خلّاً عاد ملكُ المالكِ وعلى الغاصبِ الأرشُ لو نقصَ.

ولو غصب أرضاً فغرسَها فالغرسُ له، وعليه الأُجرةُ والقَلْعُ وطَمُّ الحُفَرِ وأرشُ النقصِ.

ولو جنى المغصوبُ فقُتِل ضمنَ الغاصبُ، ولو طُلبتِ الديةُ ضمنَ الغاصبُ الأقلَّ منْ قِيمتِه وأرشِ الجِنايةِ.

ولو نقل المغصوبَ عَنْ بلدِ الغصبِ أعادَه.

● والقولُ قولُ الغاصبِ مع يمينِه في التلفِ والقِيمةِ على رأي، وعدمِ اشْتماله

رأي قومٍ، وعلى رأي آخرينَ يلزمه قِيمةُ الولدِ معهُ ـ لا يَتِمُّ الكَلامُ أيضاً؛ إذ ظاهرُه يُعطي أنّ الخلاف واقعٌ في سقوطِه ميّتاً مطلقاً، سَواءٌ كانَ بجنايتِهِ أو جنايةِ غَيرِه أو من قِبَلِ اللهِ تعالى، وليس كذلك؛ إذ الخلاف لم يَقَعْ إلّا في الأخير، لكنّهُ يُمكنُ أنْ يكونَ المُرادُ بالأرشِ هنا قِيمَةَ الولدِ، ولابُعْدَ في تَسميتِها أرشاً؛ إذ هو عُشرُ قِيمَةِ المَملوكَةِ أو أكثرُ الأمرَينِ، سَواءٌ كانَ ذلكَ بجِنايةِ المالكِ أو بِجناية غَيرِه أو لا بِجنايةٍ. ففي الأوّلَينِ لا بَحثَ فيه وفي الأخيرِ الخلاف المتقدِّم. وحينئذٍ ينتفي الإشكالُ.

قوله ﷺ: «والقولُ قولُ الغاصِبِ مع يمينِهِ في التَلَفِ والقِيمَةِ على رأيٍ».

أقول: الخلاف في القِيمَةِ خاصَّةً. وما أفتى به هو مذهبُ الشيخِ في الخلافِ[1] والمبسوطِ[2] وابن إدريسَ[3] ونجمِ الدينِ[4]؛ لأنّه مُنكرٌ وغارمٌ، ولأصالة عَدَمِ الزيادة.

---

١. لم نجده في الخلاف ولكن نسبه إلى الخلاف العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٩٣، المسألة ٨٠؛ و ولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩٦؛ وانظر الخلاف، ج ٣، ص ٤١٢، المسألة ٢٦.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٧٥.

٣. السرائر، ج ٢، ص ٤٩٠.

٤. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٨.

على صفةٍ تزيدُ بها القِيمةُ، كتعليمِ الصنعةِ وثوبِ العبدِ وخاتمِه. وقولُ المالكِ في السلامةِ، وفي ردِّ العبدِ بعدَ موتِه.

ولو باعَ حالَ الغصبِ ثمَّ انتقل إليه طالب المشتريَ وسُمِعَتْ بيّنتُه إنْ لم يَضُمّ وقتَ البيعِ ما يدلُّ على التملُّكِ.

ولو أدخلتِ الدابّةُ رأسَها في قِدْرٍ أو دخلتْ دارَ غيرِ المالكِ ولم تخرج إلّا بالهَدمِ والكَسْرِ، فإنْ فرّط أحدُهما ضمِن، وإنِ انتفى التفريطُ ضمنَ صاحبُ الدابّةِ.

وقال الشيخُ المفيدُ رحمه الله [1]، والشيخُ في النهايةِ: يكونُ القولُ قولَ المالكِ [2]؛ لِجنايةِ الغاصِبِ، ونقلَهُ نجمُ الدين عن الأكثرِ [3].



---

١. المقنعة، ص ٦٠٧.

٢. النهاية، ص ٤٠٢.

٣. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٩٨.

كتاب العطايا

المقصد الأوّلُ في الهبة

المقصد الثاني في الوقف

المقصد الثالثُ في الصدقة والحبس

المقصد الرابعُ في الوصايا


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب العطايا

وفيه مقاصدُ:

[المقصدُ] الأوّلُ في الهِبَةِ

ولا بدَّ فيها من إيجابٍ مثل: «وهبتُكَ» و «ملَّكتُكَ»، وكلُّ لفظٍ يُقصَدُ به التمليكُ، وقبولٍ صادِرَيْنِ عن أهلِهما.

وشرطُها القبضُ بإذنِ الواهبِ، فلومات أحدُهما قبلَه بطلت. ويكفي القبضُ السابقُ، وقبضُ الأبِ والجدِّ عن الطفلِ، ويسقط لو وهباه مالَهما.

وتعيينُ الموهوب وإنْ كان مشاعاً، ولو وهَب الدَّيْنَ لمَنْ عليه فهو إبراءٌ ولا يفتقر إلى القبولِ، ولو وهبه لغيرِه لم يصحّ.

ومع الإقباضِ لا يصحُّ الرجوعُ إن كانتْ لذي الرَّحِم، وإلّا جاز ما لم يَتَصرَّف المتّهِبُ أو يُعوّض أو يُتْلِف العينَ.

● وفي الزوجينِ خلافٌ.

قوله: «وفي الزوجينِ خلافٌ».

أقول: يُريدُ في جوازِ رجوعِ الزوجِ في هبَةِ زوجتِهِ وبالعكسِ مع بقاءِ العَينِ وعدمِ العوضِ والتصرُّفِ خلافٌ للأصحابِ. فقال الشيخُ - في كتُبِهِ [1] - وأتباعُهُ: يجوز على كَراهيةٍ [2].

أمّا الجوازُ؛ فلِقَضِيّةِ الأصلِ - أعني استصحابَ التصرُّفِ في مِلكِهِ المنقولِ بالهبةِ

---

1. النهاية، ص ٦٠٣؛ المبسوط، ج ٣، ص ٣٠٩.

2. كابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٧٩؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٧٣؛ والمحقّق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٨٠؛ والمختصر النافع، ص ٢٦٠.

....

لغيرِ ذِي الرحمِ ـ ولصحيحةِ محمّدِ بنِ مسلمٍ عن الباقرِ عليه السلام قال: «الهِبَةُ والنِحْلَةُ يَرجِعُ فيهما صاحبُهما إنْ شاء، حِيزتْ أو لم تُحَز إلّا لذي رَحِمٍ»[١]. وهو عامٌّ. وقريبٌ من معناهُ صحيحةُ عبدِ اللهِ بنِ سِنانٍ عن الصادقِ عليه السلام[٢].

وأمّا الكَراهِيةُ فلقولِ النبيّ صلى الله عليه وآله في صَحيحةِ الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «إنّما مَثَلُ الذي يَرجِعُ في هِبتِهِ كالذي يَرجِعُ في قَيْئِهِ»[٣]. وإذا لم تَدُلَّ على التحريم ـ كالمُشَبَّهِ بهِ ـ فلا أقلّ من الكَراهيةِ. وأكثرُ الأصحابِ لم يَذكُرُوا لهما حكماً. ونَقَلَ الشيخُ في الخلافِ عن بعضِ أصحابِنا: أنّهما يَجريانِ مَجرى ذي الرحمِ في عدمِ جوازِ الرجوعِ[٤]؛ لعموم روايةِ إبراهيمِ بنِ عبدِ الحميدِ عن الصادقِ عليه السلام قال: «أنت بالخيارِ في الهِبةِ مادامتْ في يدِك، فإذا خَرَجَتْ إلى صاحِبِها فليس لك أنْ تَرجِعَ فيها»[٥].

ولروايةِ زرارةَ عن أبي عبدِ الله عليه السلام أنّه قال: «لا يرجِعُ الرجُلُ فيما يَهَبُهُ لزوجتِهِ، ولا المرأةُ فيما تَهَبُهُ لزوجِها، حِيزَ أو لم يُحز؛ لأنّ الله تعالى يقول: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾[٦]. وقال: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[٧]. وهذا يَدْخُلُ في الصَداقِ والهِبَةِ»[٨].

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٥٦، ح ٦٤٣، وفيه: «يرجع فيها صاحبها»؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٠٨، ح ٤١٠.
٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٥٨، ح ٦٥٠؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٠٨، ح ٤١٤.
٣. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٥٥، ح ٦٣٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٠٩ ـ ١١٠، ح ٤١٩، وفيهما: «في صدقته» بدل «في هبته».
٤. الخلاف، ج ٣، ص ٥٦٧، المسألة ١٢.
٥. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٥٨، ح ٦٥٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٠٧، ح ٤٠٨.
٦. البقرة (٢): ٢٢٩.
٧. النساء (٤): ٤.
٨. الكافي، ج ٧، ص ٣٠، باب مايجوز من الوقف والصدقة ...، ح ٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٥٢ ـ ١٥٣، ح ٦٢٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١١٠، ح ٤٢٣؛ ورواها الشيخ بسند آخر عن أبي جعفر عليه السلام في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٦٣، ح ١٨٥٨.

● وهل يُتَنَزَّلُ موتُ المتَّهِبِ منزلةَ التصرُّف؟ إشكالٌ.

ويحكم بالانتقالِ بعدَ القبضِ، وإنْ تأخّر فالنَماءُ المنفصلُ قبلَه للـواهبِ، ولو رجع بعد العيب فلا أرشَ، والزيادةُ المتَّصلةُ للواهبِ والمنفصِلَةُ للمتَّهبِ.

وتُستحبُّ العطيّةُ لذي الرَحِمِ وتتأكَّدُ في العمودَينِ، والتسويةُ فيهما.

ولو رُجِّحَ هذا بخصوصه على الأوّلِ مع سَلامةِ سندِه لم يكنْ بعيداً.

ولهذا أفتى به المُصنِّفُ فـي التذكرة [1]. ونـقَلَ فـي التحريرِ، تـحريمَ الرجـوعِ لهـما عن الشيخِ [2].

قوله: «وهل يُتَنَزَّلُ موتُ المتَّهِبِ منزلةَ التصرُّفِ؟ إشكالٌ».

أقول: يَنشأُ من أنّ التصرُّفَ هو إيجادُ السببِ المُقْتَضي لِنَقْلِ المِلكِ أو تغييرِه، ولم يَحصُلْ من الميِّتِ ذلك الإيجادُ؛ ولأصالَةِ جوازِ الرجوعِ إلّا مع تحقُّقِه ولم يَحصُلْ؛ ولروايةِ عيسى بن أعْيَنَ قال: سألت أبا عبدالله عن رجلٍ أهدى إلى رجلٍ هَديَّةً وهو يرجو ثَوابَها فلم يُثِبْهُ صاحِبُها حتّى هَلَكَ، وأصابَ الرجُلُ هديَّتَهُ بعينِها، ألَهُ أنْ يَرتَجِعَها إنْ قدر على ذلك؟ قال: «لابأس أنْ يأخُذَه» [3].

قلت: إنْ حُمِلَ على شرطِ الثوابِ فلا دَلالةَ فيه، وإنْ حُمِلَ على الإطلاقِ اتّجَهَ؛ ولعمومِ الأدلَّةِ الدالَّةِ على جوازِ الرجوعِ.

ومن وجودِ معنى التصرّفِ.

ومن أنّ فِعلَ المُتَّهِبِ ذلك الأثر إذا اقتضى عدمَ جوازِ الرجوعِ فلأنْ يَقْتَضيَ عدَمَهُ إذا كان من فِعْلِهِ تعالى أولى؛ ولعلَّهُ أقربُ، وهو مختارُ القواعد [4].

---

١. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤١٨ (الطبعة الحجريّة).

٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٢٨٠، الرقم ٤٦٢٠؛ ولعلّه يظهر من كلام الشيخ في أجوبة المسائل الحائريّة، ضمن الرسائل العشر، ص ٢٩٣، حيث قال في الجواب عن مسألة امرأة وهبت لزوجها مهرها: إذا ثبت أنّها وهبت مهرها له سقط ولا يرجع.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٣٠١، ح ٤٠٨٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٨٠، ح ١١١٦.

٤. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٠٨.

● ولو باع بعدَ الإقباضِ للأجنبي صحَّ على رأي، ولو كانتْ فاسدةً صحَّ إجماعاً، وكذا لو باع مالَ مورِّثه معتقداً بقاءَه.

ولو أنكر الإقباضَ قُدِّم قولُه وإنِ اعْترف بالتمليكِ مع الاشْتباهِ.

قوله ﷺ: «ولو باع بعدَ الإقباضِ للأجنَبي صَحَّ على رأي».

أقول: يُريدُ في موضعِ صِحَّةِ الرجوع؛ لأصالةِ صِحَّةِ البَيعِ، ولتضمُّنِهِ الرجوعَ. وقال الشيخُ في المبسوط [١] ونجمُ الدين: لا يصحُّ؛ لأنّهُ باع ما لا يَمْلِكُ [٢]. وعلى قولهما هل يكون فسخاً؟ يُحتَمَلُ ذلك ـ كما قاله المصنِّف في القواعدِ [٣] ـ لظهورِ أمارتِهِ. ويُحتَمَلُ عدمُهُ؛ لِعدمِ التصريحِ بِهِ، وأصالَةِ بقاءِ المِلكِ.



---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٣٠٤.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٨١.

٣. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٠٨.

المقصدُ الثاني في الوقف

وفيه مطلبانِ:

[المطلبُ] الأوّلُ في الشرائط

يُشترطُ فيه العقدُ ـ فالإيجابُ «وَقفتُ» وأمّا «حرَّمتُ» و«تصدَّقتُ» فيفتقر إلى القرينةِ، وكذا «حبَّستُ» و«سبَّلتُ» ـ ونيّةُ التقرُّبِ؛ وكونُ الموقوفِ عَيناً مملوكةً معيّنةً ـ وإن كانتْ مشاعةً ـ يُنتفَعُ بها مع بقائها، وصحّةُ إقباضِها، وصدورُه من جائزِ التصرُّف ـ ● وفيمَنْ بلَغَ عشراً روايةٌ بالجوازِ ـ و وجودُ الموقوفِ عليه

قوله ـ في الوقفِ ـ: «وفيمن بَلَغَ عَشراً روايةٌ بالجواز».

أقولُ: لم أقِفْ على رِوايةٍ تَتَضَمَّنُ جوازَ وقفِ الصَّبيِّ بلفظِ «الوقفِ» بل وَرَدَتْ رِواياتٌ بلفظِ «الصَدقةِ».

فمنها: رِوايةُ زرارةَ عن الباقر قال: «إذا أُتي على الغلامِ عَشْرُ سِنِينَ فإنّهُ يَجُوزُ لَهُ في مالِهِ ما أعتَقَ أو تصدَّقَ، أو أوصى على حدٍّ معروفٍ وحقٍّ، فهو جائزٌ»[1]. والشيخُ نجمُ الدين حيثُ أورَدَ هذهِ المسألةَ تردَّدَ فيها، ثمّ قال: والمرويُّ جوازُ صدقَتِهِ[2]. ولم يقُلْ: «وَقْفِهِ» وكأنّهما أرادا هذهِ ونحوَها؛ إذِ الوقفُ نوعٌ من الصَدقاتِ على ما نصَّ عليه الشيخُ في النهايةِ[3].

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٢٨، باب وصيّة الغلام والجارية ...، ح ١؛ الفقيه، ج ٤، ص ١٩٧، ح ٥٤٥٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨١، ح ٧٢٩.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٧؛ المختصر النافع، ص ٢٥٦.

٣. النهاية، ص ٥٩٦.

ابتداءً، وجوازُ تملّكِه، وتعيينُه، وعدمُ تحريمِ الوقفِ عليه، والدوامُ، والتنجيزُ، والإقباضُ، وإخراجُه عن نفسِه.

فلو وقف الدَينَ، أو داراً غيرَ معيّنةٍ، أو مالا يملِكُهُ مع عدمِ الإجازةِ، أو الآبقَ، أو وَقفَ على معدومٍ ابتداءً، أو على حَملٍ لم ينفصِلْ، أو على مَن لا يملك، أو على العبد، أو وَقف المسلمُ على الكنائسِ والبِيَعِ، أو على معونةِ الزُناةِ، أو على كِتْبَةِ التوراةِ والإنجيلِ، أو قَرَنَهُ بمُدَّةٍ، أو علَّقَهُ بشرطٍ، أو لم يُقبِّضِ الوقفَ حتّى مات، أو وقف على نفسِهِ ثمّ غيره، أو شَرَطَ انتفاعَه بطل. وإذا تمّ لزم.

و وقفُ المريضِ من الثُلْثِ.

ويدخل الصوفُ واللَبنُ الموجودانِ وقتَه.

ويصحّ وقفُ العَقارِ وكلِّ ما يُنتفَعُ به مع بقائه، مِنَ المنقولات و غيرِها.

ويجوز جعلُ النَظَرِ لنفسه أو لغيره، فإنْ أطلقَ فللموقوفِ عليهم.

ومنها: ما رواه زُرعَةُ عن سَماعَةَ قال: سألتُهُ عن طَلاقِ الغلامِ ـ ولم يحتَلِمْ ـ وصدقتِهِ؟ فقال: «إذا طَلَّقَ للسُنَّةِ ووَضعَ الصدقَةَ موضِعَها وحقَّها فلا بأس، وهو جائزٌ»[١]. فقال الشيخ: وقد حُدَّ ذلك بعَشرِ سنين[٢]. واختارَ العملَ بمضمونِها الشيخانِ[٣]. ومنعه ابنُ إدريسَ[٤]، وسلّارُ[٥]؛ التفاتاً إلى أنّ ثبوتَ الحَجرِ معلومٌ، فلا يَرتفعُ إلّا بمعلومٍ.

---

١. الفقيه، ج ٣، ص ٥٠٤، ح ٤٧٧٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٩٤، ح ٣٢١؛ الاستبصار، ج ٣، ص ٣٠٢، ح ١٠٧٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٧٥، ذيل الحديث ٢٥٣؛ الاستبصار، ج ٢، ص ٣٠٣، ذيل الحديث ١٠٧٦.

٣. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٦٧ ـ ٦٦٨؛ والشيخ في النهاية، ص ٥١٨ و ٦١١.

٤. السرائر، ج ٢، ص ٦٩٣؛ و ج ٣، ص ٢٠٦.

٥. المراسم، ضمن سلسلة الينابيع الفقهية، ج ١٢، ص ٨٢: والصبيّ غير البالغ على ضربين: أحدهما قد بلغ عشر سنين، والآخر لم يبلغها. فمن بلغها جازت وصيّته أيضاً في البرّ والمعروف خاصّة. ولا تمضي هبته ولا وقفه. وفي المراسم المطبوع مستقلاً ص ٢٠٣، بعد «ولا وقفه» أضاف: «بما ليس في وجوه البرّ» ولعلّه سهو من الكاتب، فراجع وتأمّل.

● ويصحّ الوقفُ على المعدومِ تبعاً، ولو بدأ به ثمّ بالموجود ففي صحّتِه في الموجودِ قولان، وكذا على العبدِ ثمّ الحُرّ.

ويصحُّ على المصالحِ كالقَناطِرِ والمساجِدِ، ولا يفتقَر إلى قبولٍ، وكانَ القبضُ للناظرِ فيهما.

قوله ﷺ: «ويصحُّ الوقفُ على المعدومِ تَبَعاً، ولو بدأ بِهِ ثمّ بالموجُودِ ففي صحّتِهِ في الموجودِ قولان، وكذا على العبدِ ثمّ الحُرّ».

أقول: هذا هو المنقَطعُ الابتداءِ، وصُوَرُهُ كثيرةٌ يَعُمُّها هذا. والقولانِ للشيخِ ففي الخلافِ: يَصحُّ الوقفُ على الثاني؛ لأصالةِ الصِحّةِ، ولأنّه ضمَّ صحيحاً إلى فاسدٍ فلا يُفسِدُهُ؛ لوجودِ المقتضي للصحّةِ وعدمِ المانعِ [1]. وقوّاهُ في المبسوطِ وقال: إنّه مبنيٌّ على تفريقِ الصَفقَةِ، فَمَن صَحَّحَ تفريقَ الصَفقةِ صحَّحَهُ، ومن لا فلا. ثمَّ قال: ونحن نقول: بصحَّةِ تفريقِ الصفقةِ. وكان قد قال قبلَ ذلك: الذي يقتضيهِ مذهبُنا أنّه لا يصحُّ الوقفُ؛ لأنّه لا دليلَ عليهِ [2]. واختارهُ الشيخُ نجمُ الدين [3] والمصنِّفُ؛ مُحتجاً بأنّه يلزَمُ مخالَفَةُ شرطِ الواقِفِ إنْ صُرِفَ الآنَ إلى الثاني، وتعليقُ الوقفِ إنْ صُرِفَ بعدَهُ. هذا إذا كانَ هناك موقوفٌ عليه، وإنْ لم يكن في الحالِ موقوفٌ عليه فبُطلانُهُ ظاهرٌ؛ ضرورةَ اشتراطِ الموقوفِ عليه في الجملة [4].

وأُجيبَ: بأنّا نلتزِمُ أنّ هناك موقوفاً عليه، ثمَّ إنْ أمكنَ انقراضُ الأوّلِ اعتبر انقراضُهُ، فيكون انقراضُهُ شرطاً في تجويزِ الانتفاعِ لا في نفوذِ الوقفِ. والنِماءُ للواقِفِ أو ورثَتِه، كمنقطِعِ الوَسطِ، مع احتمالِ مساواتِهِ لمن لا يُمكِنُ انقراضُهُ. ويقال: لمّا كان المُصدَّرُ مُحالاً، كان شرطُ الواقفِ لهُ كَلاشرطٍ، فلا يُلزَمُ بمخالفتهِ مُحالٌ، واتّباعُ شرطِ الواقِفِ إنّما يَلزَمُ أنْ لو كان سائغاً، وبطلانُ الوقفِ إنّما يَلزَمُ لو لم يكن هناك موقوفٌ عليه، لكنَّهُ موجودٌ قطعاً، والواسِطَةُ غيرُ صالِحةٍ للمانعيّةِ.

---

١. الخلاف، ج ٣، ص ٥٤٤، المسألة ١٠.

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٣.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٨.

٤. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٨٠، المسألة ٦٥؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٢٨ (الطبعة الحجريّة).

ولو وقفَ مسجداً أو مَقْبَرةً صحّ بصلاةِ واحدٍ أو دَفْنِه، ولا يصير وقفاً بالصلاةِ والدفنِ منْ دونِ الإيجابِ، ولا بالإيجابِ من دونهما ودون الإقباض.

● ولو وقف على مَنْ ينقرِضُ غالباً صحّ حَبْساً عليهم، ورجع إلى الواقفِ مع انْقراضِهم أو إلى ورثتِه على رأي.

قوله ﷺ: «ولو وقفَ على مَن يَنقَرِضُ غالباً صحّ حبْساً عليهم، ورجعَ إلى الواقفِ مع انقراضِهم أو إلى وَرَثَتِهِ على رأي».

أقول: هذا قولُ الشيخِ ﷺ [1] وسلّار [2] والقاضي [3] ونجمُ الدينِ [4]؛ وربما استدلّوا بما رواهُ جعفرُ بنُ حيّانٍ أنّه سألَ الصادقَ ﷺ عن رجلٍ وَقَفَ غَلَّةً لهُ على قَرابَتِهِ، وأوصى لرجلٍ ليس بينَهُ وبينَهُ قَرابَةٌ من تِلك الغَلَّة بثلاثمائةِ دِرهمٍ كلّ سنةٍ إلى قوله: «فإنْ مات كانت الثلاثمائة درهم لقرابةِ الميِّت» [5]. والظاهر أنّ الوصيّةَ بالوقفِ أيضاً، وإلّا لم يكن للورثةِ شيءٌ. هكذا قاله المصنّفُ في المختلفِ [6]، وبأنّه لم يخرج عن مِلكِ الواقفِ بالكلّيّة، وبأنّه تناوَلَ أشخاصاً فلا يُتَعدّى إلى غيرهم.

وذهب شيخُنا المفيد ﷺ [7] وابنُ إدريسَ إلى أنّه يكون لورثة الموقوفِ عليهم؛ لأنّ الوقفَ يُملَكُ حينئذٍ فتجري فيه المواريثُ [8].

ولا يقال: فيجري في البطنِ الأوّلِ؛ لأنّ المِلكَ ليس بتامٍّ في حقّهِ، ولأنّه صَدقةٌ فلا يعودُ إليه، ولأنّه ناقلٌ فلا يعودُ إلّا بسببٍ.

---

١. النهاية، ص ٥٩٩؛ الخلاف، ج ٣، ص ٥٤٣، المسألة ٩.

٢. المراسم، ص ١٩٨.

٣. المهذّب، ج ٢، ص ٩١.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٠ ـ ١٧١؛ المختصر النافع، ص ٢٥٥.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٣٥، باب ما يجوز من الوقف والصدقة ...، ح ٢٩؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣، ح ٥٥٨٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣٣ ـ ١٣٤، ح ٥٦٥. في الفقيه وتهذيب الأحكام: «جعفر بن حنّان» بدل «جعفر بن حيّان».

٦. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٦٧، المسألة ٣٨.

٧. المقنعة، ص ٦٥٥.

٨. السرائر، ج ٣، ص ١٦٥ ـ ١٦٦.

ولا يُشترطُ في الوقفِ على صِغارِ أولادِهِ القبضُ، وكذا الجدُّ والوصيُّ.

ونمنعُ المِلكَ في هذهِ الصورةِ؛ إذ المِلكُ لا يكونُ إلّا في المؤبَّدِ، وليستْ صدقةً مؤبّدةً بل هي جاريةٌ مجرى العُمرى، وليس مطلقُ الوقفِ ناقلاً، بل ذلك هو المؤبّدُ[١].

وذهب السيّد أبو المكارمِ حمزةُ بنُ زهرةَ العلوي إلى أنّه يُصرَفُ في وجوهِ البِرّ[٢]. ونفى المصنِّفُ عنه البأسَ في المختلفِ[٣].

هذا كلُّه على القولِ بصحّةِ الوقفِ؛ لأنّه تمليكٌ فيَتْبَعُ اختيارَ المُملِّكِ، ولأصالةِ صحّتِه، ولعموم ما رُوي من توقيع العسكري ﷺ: «الوقوفُ على حَسَبِ مايقِفُها أهلُها إنْ شاء الله»[٤].

قال المصنِّفُ في المختلف:

ولأنّ تمليكَ الأخيرِ لو كان شرطاً في تمليكِ الأوّلِ لَزِمَ تقدّمُ المعلولِ على عِلّتِهِ ـ وربما مُنِعَتْ عِلّيّةُ أحدِهما للآخرِ ـ ولأنّ فاطمةَ ﷺ أوصَتْ بحوائطِها السبعةِ إلى عليٍّ ﷺ ثمّ الحسنِ ثمّ الحسينِ ثمّ الأكبرِ من وُلدِها[٥].

وأجابَ:

بأنّهُ غيرُ المتنازَعِ؛ لأنّها عَلِمَتْ تأبيدَ وُلْدِها من النصِّ على الأئمّةِ ﷺ[٦]. ومن قولهِ ﷺ: «حبلانِ متّصلانِ لن يفترِقا حتّى يَرِدا عليَّ الحَوضَ»[٧].

قلت: وأيضاً لم يُصرَّح فيه بالوقفِ، والوصيّةُ لا بحث فيها.

---

١. لاحظ مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٦٧، المسألة ٣٨.

٢. غنية النزوع، ج ١، ص ٢٩٩.

٣. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٦٧، المسألة ٣٨.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٣٧، باب مايجوز من الوقف والصدقة ...، ح ٣٤؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٣٧، ح ٥٥٧٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٢٩ـ ١٣٠، ح ٥٥٥.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٤٨، باب صدقات النبيّ ﷺ ...، ح ٥؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٤٤، ح ٥٥٨٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٤٤ ـ ١٤٥، ح ٦٠٣.

٦. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٦٦، المسألة ٣٧؛ من النصّ على الأئمّة ﷺ، وأنّ الدنيا تنقرض مع انقراضهم؛ ومسالك الأفهام، ج ٥، ص ٣٥٤؛ وبحارالأنوار، ج ٢٣، ص ١ ـ ٥٦، باب الاضطرار إلى الحجّة.

٧. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٦٦، المسألة ٣٧؛ وانظر الرواية في مجمع البيان، ج ٢، ص ٤٨٢، ذيل الآية ١٠٣، من آل عمران(٣).

ولو وقف على الفقراءِ وصار منهم شارَك.

ولو شرط عودَه عندَ حاجتِهِ صحَّ الشرطُ وبطَلَ الوقفُ وصارَ حبساً يرجع مع الحاجةِ ويُوَرَّث، ولو شَرطَ إخراجَ مَنْ يُريدُ بَطَلَ الوقفُ، ولوشَرطَ إدخالَ مَنْ يُولَدُ صحّ، ولو شرط نقلَه إلى منْ سيوجَدْ بطَلَ الوقفُ.

ولا يُعتَبر في البَطنِ الثاني القبضُ، ويَنْصِبُ قيِّماً للقبض عَنِ الفقراءِ والفقهاءِ.

ولو وقف المسلمُ على الفُقراءِ انْصرفَ إلى فُقراءِ المسلمين، ولو وقف الكافرُ انْصرَف إلى فُقراءِ نِحْلَته، ولو وقف على المسلمين فَلِمَنْ صلّى إلى القبلةِ.

والوقفُ على المؤمنين أو الإماميّةِ للاثني عشريَّةِ، وعلى الشيعةِ للإماميَّةِ والجاروديَّةِ، وعلى الموصوفِ بنِسْبةٍ لكلِّ مَنْ أُطْلقتْ عليه، والزيديَّةِ للقائلين بإمامةِ زيدٍ، والهاشميّين لمنْ انْتسبَ إلى هاشم بالأُبوّةِ مِنْ وُلْدِ أبي طالبٍ والحارثِ والعبّاسِ وأبي لهب، والطالبيّينَ لِوُلْدِ أبي طالبٍ. ويُشتَرك الذكورُ والإناثُ على السواءِ ما لم يُفَضِّل، والجيرانِ لمَنْ يُطلَقُ عليه عرفاً، وعلى البِرِّ يُصرَفُ في الفقراءِ وكلِّ مصلحةٍ يُتقرَّبُ بها، وكذا في سبيلِ الله تعالى.

ونَقَلَ الشيخُ في المبسوط [1] والخلافِ البُطلانَ عن بعضِ الأصحابِ [2]؛ لأنّ المنقَطِعَ يجعَلُ الوقفَ على المجهولِ، هكذا احتجَّ في المختلف [3]. ويُشكِلُ بأنّ المجهولَ إنْ أُريدَ به في الابتداءِ فظاهرٌ أنّه معلومٌ [4]؛ لأنّا نتكلَّمُ على تقديرِهِ، وإنْ أُريدَ به بعدَ انقراضِهِ فليس هناك موقوفٌ عليه أصلاً، فلا تُحكَمُ بالجَهالَةِ، وبعدَ انقراضِهِ يكون موروثاً على ما تقدَّمَ لا وقفاً.

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٢.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٥٤٣، المسألة ٩.

٣. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٦٦، المسألة ٣٧.

٤. في نسخةٍ مصحّحةٍ: «أنّه معلوم البطلان».

ولو وقف على مصلحةٍ فبطلتْ صُرِف في البِرِّ.

● وفي الوقفِ على الذمّي الأجنبي قولان، وكذا المرتدُّ دونَ الحربي.

قوله ﷺ: «وفي الوقفِ على الذمّي الأجنبي قولان، وكذا المرتدُّ دُونَ الحربي».

أقول: اختلفَ أصحابُنا في جوازِ الوقفِ على الذمّي على طَرَفَين وواسطةٍ، فذهب سلّارٌ [١] والقاضي ابن البرّاجِ إلى المنعِ مطلقاً [٢]؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [٣] الآية. وهو خبرٌ في معنى النهي؛ لاستحالة عدمِ مطابقةِ خبرِهِ تعالى، والوقفُ مُوادَّةٌ فتكونُ مَنهيّاً عنهُ، والنهيُ للتحريمِ؛ ولأنّه يُشتَرَطُ فيه نيّةُ القُربةِ.

وذهب نجمُ الدينِ إلى الجوازِ مطلقاً [٤]. وحكاهُ الشيخُ في المبسوط [٥]؛ لقوله ﷺ: «على كلِّ كبدٍ حرَّى أجرٌ» [٦]، ولعمومِ توقيعِ العسكري ﷺ، وقد تقدَّم [٧]. ولأنّه تمليكٌ فجرى مَجرى إباحةِ المنفعةِ، ولقوله تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ اللَّهُ﴾ [٨] الآية.

وذهب الشيخانِ [٩] وأبو الصلاحِ [١٠] وابنُ حمزةَ [١١] وابنُ إدريسَ إلى الجَوازِ على ذي الرحمِ

---

١. المراسم، ص ١٩٨.

٢. المهذّب، ج ٢، ص ٨٨.

٣. المجادلة (٥٨): ٢٢.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٦٨؛ المختصر النافع، ص ٢٥٦.

٥. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

٦. سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ١٢١٥، ح ٣٦٨٦؛ مجمع الزوائد، ج ٦، ص ٥٤؛ وج ٧، ص ٣٠٥؛ المعتبر، ج ٢، ص ٥٨١؛ قال ابن الأثير الجزري في النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ١، ص ٣٦٤، «حرر»: الحَرَّى فَعْلَى مِن الحَرِّ، وهي تأنيث حَرّانَ، وهما لِلمبالغة، يُريد أنّها لِشِدّةِ حَرّها قد عَطِشَتْ ويبِسَتْ من العطش. والمعنى أنّ في سَقي كلِّ ذي كَبِدٍ حَرَّى أجْراً؛ وأيضاً راجع مجمع البحرين، ج ٣، ص ٢٦٤؛ ولمزيد التوضيح راجع ما تقدّم في ج ١، ص ١٨٦، الهامش ٣.

٧. تقدّم تخريجه في ص ٢٦٥، الهامش ٤.

٨. الممتحنة (٦٠): ٨.

٩. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٥٣ ـ ٦٥٤؛ والشيخ في النهاية، ص ٥٩٧؛ المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٤ ـ ٢٩٥.

١٠. الكافي في الفقه، ص ٣٢٦.

١١. الوسيلة، ص ٣٧٠.

ولو لم يذكرِ المَصْرِفَ أو لم يُعيِّن كأحدِ المشهدَيْنِ أو القِبيلتينِ بطل.

● ويتساوى الأعمامُ والأخوالُ على رأيٍ، إلّا أنْ يُفضِّلَ.

ولو وقف على الأقربِ فهو كمراتبِ الإرثِ، إلّا أنّهم يَتساوونَ مع الإطلاقِ.

المطلبُ الثاني في الأحكام

الوقفُ ينتقِلُ إلى الموقوفِ عليه، فلو وقف حصّةً مِنَ العبد ثمّ أعتقَ أو أعتقَ

دون الأجنبي [١]؛ لحثّ النبيّ ﷺ على صِلةِ الرحمِ [٢]. إلّا أنّ ابنَ إدريسَ لمّا أفتى بهذا قال ـ بعد حكايةِ كلام الشيخِ في الخلافِ: إنّه يجوز على ذي الرحمِ [٣] ـ: وقد قلنا ما عِندنا في هذهِ المَسألة: إنّه لا يجوز الوقفُ على الكَفَرَةِ إلّا أنْ يكونَ الكافرُ أحدَ الوالدين [٤]. وهو يشعر بتردّدِهِ.

واعلم أنّه لم يَرِد في كُتُبِ مُتقدّمي الأصحاب إلّا الوقفُ على الكافرِ غيرِ المبسوطِ فإنّه صَرّحَ بالذمّي [٥]. والظاهرُ أنّ مرادَ الأصحابِ ذلك.

قوله ﷺ: «ويتساوى الأعمامُ والأخوالُ على رأيٍ».

أقول: هذا هو المشهورُ عند أصحابنا، لم أجد أحداً منهم ذَكرَ فيه خلافاً، بل ذلك مذكورٌ في الوصيّةِ على ما يأتي [٦]؛ لأنّ الأصل يقتضي التسويةَ، إلّا أنّ ابنَ الجنيدِ ذهب إلى أنّه إذا وقف على قَرابَتِهِ كان حكمُهُ في القِسمَةِ حُكمَ الإرثِ [٧]. فيَدخُلُ الأعمامُ والأخوالُ في ذلك، ويَقتَسِمُونَهُ أثلاثاً على مذهبه؛ حملاً على الإرثِ.

---

١. السرائر، ج ٣، ص ١٦٠.

٢. راجع الكافي، ج ٤، ص ١٠، باب الصدقة على القرابة، ح ١ ـ ٣.

٣. الخلاف، ج ٣، ص ٥٤٥، المسألة ١٣.

٤. السرائر، ج ٣، ص ١٦٦ ـ ١٦٧، وراجع ص ١٥٦.

٥. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٤.

٦. يأتي في ص ٢٩٥.

٧. حكاهُ عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٧٠، المسألة ٤٠.

الموقوفُ عليه لم يصحّ، ● ولو أعتق الشريكُ حصَّتَه الطِلْقَ صحَّ، ولم يُقوَّم عليه على إشكالٍ.

وإذا وقف على الفقراءِ انْصرفَ إلى مَنْ يحضُرُ البلَدَ ولا يجبُ التتبُّعُ، وكذا غيرُهم مِنَ المنتَشرين.

● ولا يجوز للموقوفِ عليه الوطء، فإنْ أولدها كانَ حُرّاً، ولا قِيمةَ عليه، وفي صَيرورتِها أُمَّ ولدٍ تَنعتِقُ بموتِه، و تؤخَذُ القِيمةُ مِنَ التَركةِ لمَنْ يَليَهُ نظرٌ.

قوله ﴿: «ولو أعتق الشريكُ حِصَّتَهُ الطِلقَ صحَّ، ولم يُقوَّم عليه على إشكالٍ».

أقول: منشأ الإشكال عدمُ نفوذِ العتقِ فيه لو بُوشِرَ عِتقُه، فبالأولى أنْ لا ينفُذَ فيه مع السِرايةِ.

ومن عمومِ مشروعيّةِ التقويمِ الشامِلَةِ لصورةِ النزاعِ، ولا يَلزَمُ من عدمِ النفوذِ مباشرةً عدمُه سرايةً؛ لتوقُّفِ الأوّلِ على انحصارِ المِلكِ في العتقِ، أو فيه مع شريكهِ بخلاف الثاني؛ لأنّه إزالةٌ لِلرقّ شرعاً.

واعلم أنّ احتمالَ تقويمِهِ يُضعَّفُ على تقديرِ القولِ بانتقالِ الموقوف إلى الله تعالى، ويَقوى على تقديرِ القول بانتقالِهِ إلى الموقوفِ عليهم. ولعلّ الأقربَ عدمُ التقويم. وهو مذهَبُ الشيخِ في المبسوطِ[١]، والمصنِّفِ في باقي كُتُبِهِ[٢].

قوله ﴿: «ولا يجوز للموقوفِ عليه الوطء، فإنْ أولَدَها كان حُرّاً، ولاقيمةَ عليه، وفي صَيرُورَتِها أُمَّ ولدٍ تَنْعَتِقُ بموتِهِ، وتُؤخَذُ القيمةُ من التَرِكَةِ لمن يَلِيَهُ نظرٌ».

أقول: الإشكالُ هنا في موضعين:

الأوّل: هل تَصيرُ أُمَّ ولدٍ أم لا؟ يُحتَمَلُ الأوّلُ؛ لِتحقُّقِ عُلُوقِها منه في مِلْكِهِ ـ على القولِ بانتقالِ المِلكِ إليه ـ ولثبوتِ الاشتقاقِ.

ويُحتَمَلُ الثاني؛ لإفضائه إلى سقوطِ حقِّ باقي البُطونِ مِنَ الرَقَبةِ، وهو غيرُ جائزٍ. ولعلّ

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٢٨٨.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٩٤؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣١٣، الرقم ٤٦٩٥؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٣٢ (الطبعة الحجريّة).

ويجوزُ تزويجُها، والمَهرُ للموجودينَ. وكذا الولدُ مِنْ مملوكٍ أوزِني. ولو كان من

المرادَ بالمِلكِ الكامِلُ، أعني الذي ينفرِدُ الواطئُ ولو ببعضِهِ، وهنا ممتنع، والشيخُ ﷺ قال: بالأوّلِ [١].

الثاني: بتقديرِ صَيرورَتِها أُمَّ وَلدٍ هل تُؤخذُ القيمةُ من تَرِكَتِهِ للبطونِ الباقيةِ؟ نظرٌ، ناشئٌ من أنّ عِوضَ الموقوفِ هل يكون للبطنِ الأوّلِ، أو يكون بينَ البطونِ؟ فعلى الأوّلِ لا تُؤخذُ، لاِستِحالَةِ غُرمِهِ لِنَفسِهِ؛ وعلى الثاني أيضاً يَتوجَّهُ الإشكالُ من وجهٍ آخرَ، وهو أنّ الواطئَ مُتلِفٌ لها؛ فَيَلزَمُ ضَمانُها في تَرِكَتِهِ، كما إذا أتلفَ مالاً على غيرِه.

لا يقال: إنّ الإتلافَ إنّما حَصلَ بعدَ الوفاةِ، فلا يُتصَوَّرُ أنّ الواطئَ يَستَحِقُّ العِوضَ، ولو قلنا: بأنّ قيمةَ المُتلَفِ للبطنِ الأوّلِ. فيُشكِلُ بأنّها إذا صارت أُمَّولدٍ يُحكَمُ عليه بِقيمتِها في الحالِ ـ كما في صورةِ وطءِ أحدِ الشريكينِ ـ وعلوقِها منه. وهذا واردٌ على أصلِ عبارةِ القومِ؛ ولَعَلَّهمُ أرادوا ذلك، لكن لمّا كان أحدُ الاحتمالَينِ صَرْفُها إلى من يَليهِ من البطونِ ـ وهو الآن لا يَملِكُ ـ تأخّرَ الدفعُ إلى بعدِ الموتِ. ولا يلزمُ منه تأخيرُ الحكمِ بنفوذِ الاستيلاد، ولزومُ القيمةِ في الجملةِ إلى بعدِ الموتِ.

ثمّ البطنُ الأوّلُ لو كان متعدِّداً كانت القيمةُ مصروفةً في الحال إلى الشُركاء قولاً واحداً ـ على تقديرِ نفوذِ الاستيلادِ ـ وظاهرٌ أنّ هذا لا يتوقَّفُ على الوفاةِ.

وأمّا قيمةُ نصيبِهِ منها ففيه الوجهانِ.

وأشار المصنِّفُ في القواعدِ إلى هذين الإشكالين [٢]. وأمّا في هذا الكتابِ فظاهرُ الكلامِ أنّ الإشكالَ إنّما هو في صَيرورتِها أُمَّ ولدٍ، فإذا قيل به تبعه الباقي. وكذا في الشرائع [٣].

ويُحتَمَلُ مع القولِ بصَيرورَتِها أُمَّ ولدٍ، أنْ تُشتَرى بقيمَتِها أُخرى تكونُ وقفاً. وكلامُ المتنِ يشملُهُ، فإنّ كون القيمةِ لمن يَلِيَهُ أعمُّ من الطِلْقِ والوقفِ.

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٠ ـ ٢٩١. قال: وهل تصير أمّ ولدٍ أم لا؟ من قال: انتقل الملك إلى الله لم تصر أمّ ولد...، ومن قال: انتقل إليه صارت أُمّ ولد له. والشيخ ﷺ قائل بانتقاله إلى الموقوف عليه. راجع أيضاً المبسوط، ج ٣، ص ٢٨٧.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٩٦.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٥.

حرٌّ بوطءٍ صحيحٍ فهو حرٌّ، وبشُبْهةٍ الولدُ حرٌّ، وعلى الواطءِ قيمتُهُ للموقوفِ عليهم، والواقفُ كالأجنبي.

واعلم أنّ شيخَنا المرتضى عميد الدين (دامت سِيادَتُهُ) قال في شرحِ مشكلاتِ القواعدِ[1] ـ وسمعناهُ منهُ في الدرسِ مشافهةً ـ:

إنّ هذين الإشكالين إنّما يتأتّيانِ على تقديرِ دخُولِ وَلَدِها منه في الوقفِ؛ ليَنتقِلَ إليه بموتِ أبيهِ منها شيءٌ، أو المجموعُ. أمّا على تقديرِ عدمِ دخولِه في الوقفِ فبموتِ الواطئ انتقلتْ إلى بطونٍ أُخرى غيرِهِ، فلم يجرِ للولدِ عليها مِلكٌ، فلا يُفرضُ فيها عتقٌ.

فقلت لهُ: إنّ الأصحابَ أطلقُوا إنّها تصيرُ أُمَّ ولدٍ، وحُكمُ أُمّهاتِ الأولادِ العِتقُ بموتِ المولى من نصيبِ الولدِ.

فقال: إذا لم يكن له نصيبٌ منها كيف يُقال: إنّها تنعتِقُ من نصيبِهِ؟

فقلت: إذاحُكمَ بأنّها أُمُّ ولدٍ اقتضى موتُ المولى جري المواريثِ فيها ـ عملاً بالآية[2] ـ وابنُها وارثٌ، فصار له منها نصيبٌ؛ فيَنْعتِقُ من نَصيبه.

وقد صرّح المصنِّفُ في القواعدِ بجوازِ وقفِ من ينعتِقُ على الموقوفِ عليه، وإنّه يبقى وقفاً[3]، فحينئذٍ مِلكُ وَلَدِها إيّاها على طريقةِ الوقفِ، لا يقتضي انعتاقَها عليه، إنّما المقتضي لَهُ مِلكُها بطريقِ الإرث.

إذا ظهر ذلك فإنْ كان الولدُ غيرَ موقوفٍ عليه جُعِلَت في نصيبِهِ إنْ قِيل بالنفوذِ قطعاً. أمّا على ما قلناه من الحكمِ باستقرارِ المِلكِ في حياةِ أبيهِ فظاهرٌ. وأمّا على تقديرِ الاحتمالِ البعيدِ ـ وهو بقاؤها على الوقفِ إلى حينِ الوفاةِ ثمّ تنعتقُ ـ فالأولى جعلُها في نصيبه؛ لأنّ عِتقَها تَضمَّنَ مِلكَ أبيه لها فيكون إرثاً.

ويُحتَملُ عدمُه؛ لأنّ بقاءَ الوقفِ فيها استلزَم خروجَها عن صَلاحيّةِ المِلكِ، هكذا قِيلَ[4].

---

١. كنز الفوائد، ج ٢، ص ١٤٥.

٢. النساء (٤): ١٢.

٣. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٩٤.

٤. القائل هو فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٩٨.

ونفقةُ المملوكِ الوقفِ على الموقوفِ عليه.

ولو جَنى بما يوجبُ القتلَ فقُتلَ بطَلَ الوقفُ وليس للمجنيِّ عليه اسْترقاقُهُ، وإنْ كانَ بدونِه اقْتُصَّ وكانَ الباقي وقفاً. ● ولو كانتْ خطأً تعلّقت بالموقوفِ عليه على رأي، وبالكسبِ على رأي.

وهو ضعيفٌ، لما عرفتَ من بُطلانِ أصلِه أوّلاً، ولو سُلِّم أصلُه لم يُسلَّم مِلكُ أبيه له، وتخيُّلُ الملكِ الضِمني باطلٌ؛ لأنّها لم تُعتَقْ على الأب. وكذا توجُّه عدمِ جعلِها في نصيبه؛ فإنّ الوقفَ أخرجَها عن صلاحيّةِ المِلك مادام الوقفُ باقياً، فبَعْدَ زَوالِه وهو المفروضُ انتفى الإخراجُ. ثمّ ولو سلِّم الإخراجُ عن الصّلاحيّة لا يلزمُ منه عدمُ التقويمِ، وإلّا لم يَلزَم مُتلف الوقفِ عوضٌ. وهو خلاف الإجماع.

وإنْ كان الولدُ من الموقوف عليهم فعلى ما اختارَه المصنِّفُ من صِحَّةِ الوقفِ فلا عتقَ ولا تقويمَ؛ لعدم حصولِ الإتلافِ.

قوله ﷺ: «ولو كانتْ خطأً تعلّقت بالموقوفِ عليه على رأي، وبالكسبِ على رأي».

أقول: الرأيُ الأوّلُ رأيُ الشيخِ في المبسوط[1] ـ بظاهر كلامه ـ إذ يتعذّر استيفاءُ الجناية من رقبتِه؛ لعدم صحّة بيعِه، وهو إنّما يَتِمُّ لوكان على منحصر وكان المنحصرُ موسراً.

والرأيُ الثاني نَقَلَهُ الشيخُ[2]، وهو اختيار نجمِ الدينِ؛ لأنّ المولى لا يعقِلُ عبداً، ولا سبيلَ إلى إهدارِ الجنايةِ، ولا يمكن عِتقُهُ فيتوقّعَ مابعده[3]؛ ولأنّ الكسبَ أقربُ الأشياءِ إليه، فإذا تعذّر استيفاءُ الجنايةِ من رقبتِه استوفيت من الأقربِ.

وذكر المصنِّفُ في مختلَفِه احتمالاً آخرَ، وهو تعلُّقُها برقبتِه، ويُباعُ فيها كما يُقتَلُ في العمدِ؛ إذ ليس البيعُ بأعظمَ من القتلِ[4].

واعلم أنّ هذا كلَّهُ فرعٌ على انتقالِ المِلكِ إلى الموقوفِ عليه، أمّا إذا قيل: بانتقالِه إلى

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٢٨٩.

٢. نقله الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٢٨٩.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٣.

٤. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٧٨، المسألة ٥٢.

وأرشُ ما يُجنى عليه لأرباب الوقفِ الموجودينَ، ولو كانت نفساً فالقِصاصُ إليهم، ● وإنْ أوجبت ديةً أُقيم بها مقامَه تكونُ وقفاً على رأي.

اللهِ تعالى أو بقائِهِ على مِلكِ الواقفِ ـ كظاهرِ كلام أبي الصلاح [1] ومَذهبِ بعضِ العـامّةِ [2] ـ فيُحتَمَلُ هنا تعلُّقُ أرشِ الجنايةِ بالواقِفِ؛ لأنّه بوقفِهِ مَنَعَ من تعلّقِ الأرشِ برقبتِهِ.

ويُحتَمَلُ أنْ يكونَ في بيتِ المـالِ، كـالحرِّ المُـعْسرِ. وهـذان حكـاهما الشـيخُ فـي المبسوطِ قولين [3].

ويُحتمل على هذا أيضاً تعلُّقها بالكسبِ كما ذُكِرَ.

قوله ﷺ: «وإنْ أوجبت ديةً أُقيم بها مقامَه تكون وقفاً على رأي».

أقول: هذا رأيٌ نقلَهُ الشيخُ في المبسوطِ [4] ونجمُ الدين [5] وهو غير مبنيّ على الانتقالِ. واختارَهُ المصنِّفُ في المختلفِ؛ لِعدمِ اختصاصِ البطنِ الأوّلِ بملكِهِ، ولهذا لا يَتَلقّى البطنُ الثاني عنه، وإنّما يتلقّاهُ عن الواقفِ، ولأنّ القيمةَ بدلٌ من العينِ [6]، ولأنّه أقـربُ إلى التأبـيدِ الذي هو مرادٌ.

وذهب الشيخُ في المبسوطِ وتبِعَهُ نجمُ الدينِ إلى أنّ القيمةَ للموجودين؛ لأنّ الوقفَ إنّما يتناولُ العينَ [7]، ولأنّها مملوكةٌ لهم على الأصحِّ، فيكونُ عوضُها لهم.

ثمّ يَتفرّعُ على القولِ بالبدلِ مَنْ يتولّى شراءَهُ؟ الأجودُ تفويضُهُ إلى الناظِرِ الخاصِّ، وإنْ تعذَّرَ فالناظِرُ العامُّ، وإنْ تعذّر فالموقوفُ عليه؛ قضيّةً للشرطِ في النظرِ، وعمومِ حكمِ الحاكمِ على البطون، وأولويّةِ الموقوف عليه.

والظاهرُ أنّه لا يحتاجُ بعدَ الشراءِ إلى صيغةِ الوقفِ؛ لأنّهُ صـار بـدلاً بـنفسِ الانـتقال،

---

١. الكافي في الفقه، ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥؛ وللمزيد راجع مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٥٧، المسألة ٣٠.

٢. كالشافعيّة، راجع المهذّب، الشيرازي، ج ١، ص ٤٤٢؛ والمجموع شرح المهذّب، ج ١٥، ص ٣٤١.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٢٨٩.

٤. المبسوط، ج ٣، ص ٢٨٩.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٣.

٦. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٧٩، المسألة ٥٣.

٧. المبسوط، ج ٣، ص ٢٨٩؛ شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٣.

● والوقفُ على الموالي يتناولُ الأعلى والأسفلَ على إشكالٍ.

ومملوكاً على حدِّ الملكِ الأوّلِ؛ إذ يستحيلُ أنْ يُملَكَ لا على حدِّهِ؛ لعدمِ تعيّنِ المالكِ في الحالِ. ولو فضُلَ عن عبدٍ أو نَقَصَ عنه فعلى الممكنِ.

والأقربُ أنّ البدلَ يجبُ كونُهُ من جنسِ الموقوفِ؛ لأنّه أقربُ إلى الوقفِ. وكلام المصنّف هنا يشمُلُ الجنسَ وغيرَه. وحينئذٍ تجب المساواة في الذكورةِ والأنوثة، وإنْ أمكن المساواة في باقي الصِفاتِ أو معظمِها فهو أولى. ولوقيل في القيمي بضَمانِهِ بالمثلِ وأمكن له مثلٌ كان هو الوقف، واستغنى عن الشراء. وإنْ قيلَ بالقيمةِ وأُتِيَ بعبدٍ بالصفاتِ أمكن وجوب قبوله؛ لأنّ غايةَ القيمةِ صرفُها في مثلِهِ.

قوله ﷺ: «والوقف على الموالِي يتناولُ الأعلى والأسفَل على إشكالٍ».

أقول: يُنشأُ من تناولِ الاسم للجميعِ، فيدخلُ الجميعُ، كما لو وقف على إخوتِهِ. وهو مذهب الشيخ في المبسوطِ [١] والخلافِ، وفَرَضَ المسألةَ في المفردِ [٢]، وتَبِعَهُ ابنُ إدريسَ [٣] ونجمُ الدين [٤]، وفرضاها في الجميع. وابنُ حمزةَ حمَلَ المفردَ على المُنعِمِ، فإنْ تعذّر فالعتيق. كأنّه يراهُ حقيقةً في الأوّلِ، وأخرج مولى أبيهِ أيضاً، وحَمَلَهُ في الجمعِ على المعنَيَينِ [٥].

ومن أنّه لفظٌ مشتركٌ بالنقلِ عن أهلِ اللغة [٦]؛ ولأنّه ليس بينهما معنى مشتركٌ موضوعٌ له اللفظ، ولا يصحّ حملُ المشترَكِ على كلامعنييهِ إلّا مجازاً؛ لما بُيّن في الأُصولِ [٧]. وحَمْلُهُ على أحدِهما بدونِ قرينةٍ تحكّمٌ، فتعيّنَ البطلان. والحَمْلُ على الإخوةِ تُوهِمُ أنّه متواطئٌ، ونصُّ أهلِ اللغةِ يدفعُهُ، إلّا أن تُعنى به أنّ «الإخوَة» جمع «أخٍ» واستعماله في المجموعِ؛ ليتناولَ اللفظُ للأفراد. فكذا «المَوالي» جمع «مَولى» وكلُّ «مَولىً» صالحٌ لمعنى، والأصلُ عدمُ التداخلِ.

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٥.

٢. الخلاف، ج ٣، ص ٥٤٦، المسألة ١٤.

٣. السرائر، ج ٣، ص ١٦٧.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٣.

٥. الوسيلة، ص ٣٧١.

٦. الصحاح، ج ٤، ص ٢٥٢٩؛ القاموس المحيط، ج ٤، ص ٤٠٤، «ولي».

٧. راجع على سبيل المثال مبادئ الوصول، ص ٧٠.

وإذا وقف على أولادِ أولادِهِ اشترك أولادُ البنين والبناتِ، الذكرُ والأُنثى على السَّواء مع الإطلاقِ.

فيُشكِلُ بأنّ مَدلولَ «المولى» يمكنُ تعدُّدُهُ من طرفٍ واحدٍ، فلا يحتاج إلى الطرفِ الآخرِ؛ إذِ التقديرُ احتمالُ اللفظِ للمجموعِ، أيْ صِدقُ «المَوالي» على المُنعِمِينَ والمُعتِقينَ بطريقِ الحقيقةِ.

واعلم أنّ الصحّةَ وتناول اللفظِ الجميعَ يَقوى إذا كان اللفظُ بصيغةِ الجمع ـ كالمسألة المفروضةِ ـ فإنّ بعضَ من مَنَعَ استعمالَ المشتَرَكِ المفردِ في كِلا معنييهِ [١] أجازَهُ في الجمع [٢]؛ ولأنّه يكون جمعاً مضافاً، وهو للعمومِ ـ على ما قُرِّرَ في الأُصولِ [٣] ـ وإنْ كان اللفظُ مفرداً ـ كما لو وقف على مولاه ـ يَقوى البطلان.

ونصّ شيخُنا المرتضى عميدُ الدين الصحّةَ في المجموع [٤]. وهو ظاهر المصنِّف في المختلفِ [٥]؛ لأنّه لفظٌ مستغرِقٌ لجميعِ ما يصلُحُ له.

وهذا هو تعريفُ العامِّ عند القدماء، كأبي الحسين [٦].

قال بعض الفضلاء: وهو غير جامعٍ؛ لأنّ المشترك ومالَه حقيقةٌ ومجازٌ عامٌّ بالاتّفاق، مع عدم استغراقهما جميعَ ما يصلحان له، فيزيد بوضعٍ واحدٍ؛ لأنّ العَينَ يَستغرقُ جميعَ ما تصلُح له بحسبِ وضعها الواحد كالباصرةِ. هذا في المفرد.

أمّا في المجموع، فمن مَنَعَ استعمالَ المشترك في جميع معانيه افتقَر إلى هذه الزيادة، ومن جوّزه استغنى عنها، فتبيَّن أنّ تعريفَ العامِّ منزَّلٌ على مذاهب القومِ، فلا يُجعلُ تعريفُ قومٍ حجّةً على آخرين.

واعلم أنّ هذا جميعه إنّما يتأتّى إذا لم يُفهَم من الميّتِ قرينةٌ مقاليّةٌ أو حاليّةٌ تدلّ على معيَّنٍ.

---

١. كالعلّامة في مبادئ الوصول، ص ٧٠؛ ومختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٨٧، المسألة ٦٧؛ وتذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٣٩ (الطبعة الحجريّة).

٢. في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٣٩ (الطبعة الحجريّة).

٣. معارج الأُصول، ص ٨٥؛ مبادئ الوصول، ص ١٢٢.

٤. كنز الفوائد، ج ٢، ص ١٥١.

٥. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٨٧، المسألة ٦٧.

٦. لاحظ المعتمد في أُصول الفقه، أبوالحسين محمّد بن عليّ بن الطيّب، ج ١، ص ٢٢٧ وما بعدها.

● ولو قال: مَنِ انْتسب إليّ خرج أولادُ البناتِ على رأي.

قوله ﷺ: «ولو قال: من انتسب إليّ خرج أولادُ البناتِ على رأي».

أقول: هذا مَذهبُ الشيخ نجمِ الدين [1] والمصنِّفِ [2]؛ لقوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ﴾ [3].

وقد صرّح به مولانا أبوالحسنِ ﷺ بقوله: «ومن كانت أُمُّهُ من بني هاشمٍ، وأبوه من سائرِ قريشٍ فإنّ الصدقةَ تحلُّ له، وليس له من الخُمسِ شيء؛ لأنّ الله تعالى يقول: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ﴾» [4]، وللعرف، فإنّه لا يقال تميميٌّ إلّا لمن كان أبوهُ كذلك، ويؤيّدهُ قول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا وبنوهنّ أبناء الرجال الأباعد [5]

وذهب المرتضى ﷺ إلى دخولِ أبناء البنات؛ لاستعماله فيه، والأصلُ في الاستعمالِ الحقيقةُ. أمّا الصغرى؛ فلقولِ النبي ﷺ ـ مشيراً إلى الحسن والحسين ﷺ ـ: «هذانِ ابناي إمامانِ قاما أو قعدا» [6]، ولقوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ ـ إلى قوله ـ: وَعِيسَىٰ وَإِلْيَاسَ﴾ [7].

ومن المعلوم أنّ عيسى ﷺ لا يُنْسَبُ إلّا بأُمّه. وأمّا الكبرى فمبرهنةٌ في الأُصول [8].

والجوابُ نقضُ الكبرى أيضاً في الأُصول.

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٣.

٢. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٩١، المسألة ٧٦.

٣. الأحزاب (٣٣): ٥.

٤. الكافي، ج ١، ص ٥٣٩ ـ ٥٤٠، باب الفيء والأنفال ...، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ١٢٨ ـ ١٢٩، ح ٣٦٦.

٥. خزانة الأدب، ج ١، ص ٢١٣ ـ ٢١٤، قال: هذا البيت لا يُعرف قائله مع شهرته في كتب النحاة... ورأيت في شرح الكرماني في شواهد شرح الكافية للخبيصي أنّه قال: هذا البيت قائله أبوفراس همام الفرزدق بن غالب؛ وأيضاً لاحظ شرح أبيات مغني اللبيب، ج ٦، ص ٣٤٤.

٦. الفصول المختارة، ص ٣٠٣ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ٢)؛ مجمع البيان، ج ٢، ص ٤٥٣، ذيل الآية ٦١ من آل عمران (٣)؛ وج ٨، ص ٣٦١، ذيل الآية ٤٠ من الأحزاب (٣٣).

٧. الأنعام (٦): ٨٤ ـ ٨٥.

٨. مسألة في إرث الأولاد، ضمن رسائل الشريف المرتضى، ج ٣، ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥؛ مسائل شتّى، ضمن رسائل الشريف المرتضى، ج ٤، ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨، المسألة ٤ ـ ٥؛ المسائل الناصريّات، ص ٤١٢ ـ ٤١٣، المسألة ١٩٢؛ ولاحظ الذريعة إلى أصول الشريعة، ج ١، ص ١٣.

● ولو وقف على أولادِه فهم أولادُه خاصّةً دونَ أولادِ أولادِه على رأيٍ، وكذا لو قال: على أولادي وأولادِ أولادي اختُصَّ بالبَطنَينِ على رأيٍ.

قوله ﷺ: «ولو وقف على أولادِه فَهُمْ أولادُهُ خاصّةً دون أولادِ أولادِه على رأيٍ، وكذا لو قال: على أولادي وأولادِ أولادي اختصَّ بالبطنَينِ على رأيٍ».

أقول: إذا وقف على أولادِه ـ ولم يكن هناك قرينةٌ حاليّةٌ، كأولادِ هاشمٍ، أو مقاليّةٌ، كالأعلى لا يشارِكُهُ الأدنى ـ كان لأولادِه لِصُلبِه. وهو مذهبُ الشيخ [1] وابن الجُنَيد [2] ونجمِ الدين؛ لأنّ وَلَدَ الولَدِ غيرُ مفهومٍ من إطلاقِ لفظِ «الولد» [3]؛ ولهذا يصحُّ سلبُهُ عنه، فيقال فيه: ليس ولدي.

وذهب المفيدُ ﷺ [4] والقاضي [5] وأبو الصلاح [6] وابن إدريس إلى دخولِ أولادِ الأولادِ [7]؛ لقوله تعالى: ﴿يَـٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [8]، ولقوله تعالى: ﴿يَـٰبَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ ٱذْكُرُواْ﴾ [9] وهو خطابٌ للموجودين في عهدِ النبيّ ﷺ.

وللإجماعِ على تحريمِ حَليلَةِ ولَدِ الولَدِ من قوله تعالى: ﴿وَحَلَـٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَـٰبِكُمْ﴾ [10].

ولدخولهم في مثلِ قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَـٰدِكُمْ [...] وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [11] ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [12].

---

١. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٦.
٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٦٧ ـ ٦٨، المسألة ٣٩.
٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٣ ـ ١٧٤.
٤. المقنعة، ص ٦٥٢.
٥. المهذّب، ج ٢، ص ٨٩.
٦. الكافي في الفقه، ص ٣٢٦.
٧. السرائر، ج ٣، ص ١٥٧.
٨. الأعراف (٧): ٢٦، ٣١ و ٣٥.
٩. البقرة (٢): ٤٠، ٤٧ و ١٢٢.
١١. النساء (٤): ١١.
١٠ و ١٢. النساء (٤): ٢٣.

● ولو قال: على أولادي، فإذا انْقرضَ أولادي وأولادُ أولادي فعلى الفقراءِ كانَ انقراضُ أولادِ الأولادِ شرطاً، ولم يَدْخلوا في الوقف. والنَماءُ قبلَه لورثةِ الواقفِ على إشكالٍ.

ودخولُهم في كلامِ اللهِ تعالى يقتضي دخولَهم في كلامِ العبيد.

ولقوله ﷺ لمّا بالَ الحسنُ ؑ في حِجْرِهِ فَهَمُّوا بأخذه: «لا تُزْرِمُوا ابني»[1] أي لا تَقطَعُوا عليه بولَهُ[2]. والأصلُ في الاستعمالِ الحقيقةُ.

والجوابُ الدخولُ ثَمّةَ لِدليلٍ من خارجٍ، ولأنّ اسمَ «الولدِ» لو كان شاملاً للجميعِ حقيقةً لزم الاشتراكُ، وإنْ عُورِضَ بلزومِ المجازِ فهو أولى.

وكذا الحكمُ والخلاف في المسألةِ الثانيةِ.

فربما احتُجَّ للأوّلِ بقولِهِ تعالى: ﴿وَوَصَّىٰ بِهَآ إِبْرَٰهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ﴾[3]. بنصبِ «يعقوبَ» ففصل بينهما، والفصلُ دليلُ المغايَرَةِ[4].

وهو واهٍ جداً فإنّ نصبَهُ لم يُسمَع من أحدٍ من مشاهيرِ القُرّاءِ متواتراً، بلْ ولا شاذّاً؛ فإنّ كُتُبَ الشَواذِّ خاليةٌ منه، وبتقديرِ تسليمِهِ فالمُغايَرَةُ قُصِدَ بها تفخيمُ شأنِ يعقوبَ (على نبيّنا وآله وعليه السلام). وكذا كلُّ جزءٍ عُطِفَ على كلٍّ، كعطفِ «جبرئيلَ» و«ميكائيلَ» على «الملائكةِ»[5]، يكفي فيه مغايرةٌ مّا، فلا يَتعيَّنُ كونُها مُخرِجةً له عن الدخولِ فيه.

قوله ؓ: «ولو قال: على أولادي، فإذا انقرضَ أولادي وأولادُ أولادي فعلى الفقراءِ كان انقراضُ أولادِ الأولادِ شرطاً، ولم يدخلوا في الوقف. والنماءُ قبلَهُ لورثةِ الواقفِ على إشكالٍ».

أقول: البحث هنا في مقامين:

الأوّلُ: هل تدخلُ أولادُ الأولادِ في الوقفِ أم لا؟ فنقول: أمّا على مذهبِ المفيدِ ؓ

---

١. معاني الأخبار، ص ٢١١: «أُتي بالحسين ؑ» وفي هامشه حكي عن بعض النسخ: «أُتي بالحسن ؑ»؛ غريب الحديث، أبوعبيد، ج ١، ص ١٠٣ ـ ١٠٤؛ المستدرك على الصحيحين، ج ٤، ص ١٧٦، ح ٤٨٨٢.

٢. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ٣٠١، «زرم».

٣. البقرة (٢): ١٣٢.

٤. احتجّ له فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٠٠.

٥. البقرة (٢): ٩٨.

ولو انْهدمتِ الدارُ لم تخرُجِ العَرصَةُ عن الوقفِ.

فظاهرٌ[١]. وأمّا على مذهبِ الآخَرِ[٢] فقد قال الشيخ في المبسوطِ: نعم[٣]؛ عملاً بالظاهرِ. والقرينةُ المقاليّةُ تَجعلُ المجازَ وارداً موردَ اللفظِ. ولاشكَّ أنّ عطفَ «الانقراضِ» على «الانقراضِ» مشعرٌ بذلك، وإلّا لكان الوقفُ منقَطِعاً، والوقفُ شأنُه الدوامُ.

وقال نجمُ الدين[٤] والمصنِّفُ[٥]: لا؛ لعدمِ الدلالاتِ الثلاث. أمّا المطابقةُ والتضمّنُ فظاهرٌ، وأمّا الالتزامُ فلإمكان اقترانِ اللفظِ بالصَرفِ إليهم وبعدمِهِ وهو صادقٌ، فالمطلقُ أعمٌّ، ولا دَلالة للعامِّ على الخاصِّ، وأيضاً لوكان البطنُ الثاني موقوفاً عليه لَشارَكَ، فإنّه لا إشعار في اللفظِ بالترتيبِ، والشيخُ ﷺ نصَّ على الترتيبِ[٦]. هكذا قرّرهُ الإمامُ المصنِّفُ في المختلفِ[٧].

ويمكن أنْ يقالَ بمنع انتفاءِ دَلالة الالتزامِ، والسَنَدُ ما ذُكِرَ من لُزومِ الدوامِ في الوقفِ، وجَعلُ انقراضِهم شرطاً ينافيهِ، والدوامُ مستلزمٌ لوجودِ موقوفٍ عليه، وليس هنا إلّا البطنُ الثاني، فكان لهم. والترتيب إنّما حصل؛ لأنّهم لم يَدْخُلوا باللفظ الأوّل، بل لِعطفهم على الأولادِ المنقرضِين، فالحكم إنّما استُفيدَ من اللفظِ بعدَ الحكمِ بانقراضِ الأوّلِين، فكان استحقاقُهم مرتّباً عليهم.

ويمكن أنْ يُجابَ بأنّ التلازمَ هنا إنّما نشأ من حفظِ الوقفِ عن الانقطاعِ، ولو صحّ ذلك لزِمَ بطلانُ كلِّ وقفٍ منقطعِ الوسطِ، وقد صرّحُوا بصحّتهِ؛ ولأنّ مكاتبةَ العسكري ﷺ[٨] تشمُلُه.

الثاني: إذا قيل: بعدمِ دُخولِهم في الوقفِ فالنّماءُ المتخلِّلُ بينَ موتِ الأولادِ وأولادِهم هل هو لِوَرَثةِ الواقفِ أم لا؟ إشكالٌ يُنشأ من انتقالِ الوقفِ عن ملكِ الواقفِ انتقالاً شرعيّاً،

---

١. لأنّه كان من القائلين بصدق الأولاد على أولاد الأولاد حقيقةً. تقدّم أقوالهم وتخريجاتها في ص ٢٧٧.

٢. وهو قول الشيخ وابن الجنيد والمحقّق فإنّهم من القائلين بعدم صدق الأولاد على أولاد الأولاد حقيقةً. تقدّم أقوالهم وتخريجاتها في ص ٢٧٧.

٣. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٨.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٤.

٥. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٣٨ (الطبعة الحجريّة).

٦. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

٧. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٨٨، المسألة ٦٩.

٨. تقدّم تخريجها في ص ٢٦٥، الهامش ٤.

ولو آجَرَ البطنُ الأوّلُ ثمّ انْقَرضوا بطل العقدُ.

ولو خَرِبَ المسجدُ والقريةُ لم تَخرُجْ عَرْصَتُه عَنِ الوقفِ.

ولا يجوزُ بَيعُ الوقفِ إلّا أن يقعَ بينَ الموقوفِ عليهم خُلفٌ يُخشى به الخرابُ.

ولا يبطل وقفُ النَخْلَةِ بقَلْعها.

ويَجْري الوقفُ على السُبُلِ المشترطَةِ السائغةِ، ولا يجوز التعدّي، فلو شرط إسهامَ الأُنثى بشرطِ عدمِ التزويجِ فتزوَّجَتْ خرجتْ عَنِ الاستحقاقِ، فإنْ طُلّقتْ بائناً عاد.

● ولو شرط بيعَ الوقفِ عندَ حصول ضررٍ به ـ كالخَراجِ، والمُؤَنِ مِنْ قِبَلِ الظالمِ، وشِراء غيرِه بثمنه ـ فالوجهُ الجوازُ.

فلا يعودُ إليه، فيكون لورثة البطنِ الأوّلِ؛ لانتقالِه إليه، ولم يُنتقل إلى الفقراءِ.

ومن أنّه لاموقوفَ عليهمِ الآنَ، واستحقاقُ البَطنِ الأوّلِ زالَ بموتِهِ، وليس ملكاً خاصّاً[1]، ولا يجوزُ إبقاؤه بلا مالكٍ، ولا دليلَ يقتضي صَرفَهُ في وجوهِ البِرِّ، فيكون لورثةِ الواقفِ.

وعلى القولِ بعدَمِ الانتقالِ لاإشكالَ في استحقاقِهم، وكذا على القولِ بانتقالِه إلى اللـه يُصرفُ في وجوهِ البِرّ. وحكى الشيخُ في المبسوطِ عمّن قال بعدمِ دخولِهم: انتقالَه إلى وَرَثَةِ الواقفِ[2].

قوله: «ولو شرط بَيعَ الوقفِ عند حُصولِ ضررٍ به ـ كالخَراجِ، والمُؤَنِ من قِبَلِ الظالمِ، وشِراءَ غيرِهِ بثمنِهِ ـ فالوجه الجوازُ».

أقول: إنّما كان الوجهُ ذلك؛ لأنّ الوقفَ المشروطَ جائزٌ وفاقاً، ولا مانعَ من خصوصيّة هذا الشرط، ولعمومِ قولهم: «المؤمنون عند شروطهم إلّا كلَّ شرطٍ خالفَ كتابَ الله»[3].

---

١. في «ن، س»: «وليس ملكاً إجماعاً»، وفي «ع»: «وليس ملكاً خاصّاً إجماعاً».

٢. المبسوط، ج ٣، ص ٢٩٨.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ٢٠٢، ح ٣٧٦٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٢، ح ٩٣، وفيهما: «المسلمون» بدل «المؤمنون».

....

ولم تَثبُتْ في هذهِ المخالفةُ، ولحديثِ مولانا العسكري عليه السلام المتقدِّم[١]. ولأنّهُ تَضمَّنَ مصلحةَ الموقوفِ عليهم بمايُجامِعُ الوقفَ، وكلُّ ماكان كذلك كان جائزاً. أمّا أنّه مصلَحةٌ فظاهر؛ إذ هو الفرضُ. وأمّا أنّه شيءٌ يُجامع الوقفَ؛ فلأنّ بيعَهُ جائزٌ مع خَرابه، أو وقوعُ خُلفٍ بين أربابِه من غيرِ شرطٍ، فصحّتُه بشرطٍ أولى، وهو لا يخلو من كلامِ شيخنا المفيدِ[٢].

ويُحتَملُ عدمُ الجوازِ؛ إذ هو منافٍ لمقتضاهُ.

ويمكن أنْ يُقال: إنّ الحُكمَ في هذهِ المسألةِ عند من سلَّمَ جوازَ بَيعِ الوقفِ ظاهرٌ؛ فإنّ أحدَ المواضعِ التي يصحُّ بيعُهُ فيها كونُ بيعِه أعوَدَ، وذلك شامِلٌ لصورةِ الفرضِ، وإنّما يُشكِلُ الحكم عند مَن مَنَع مِن ذلك، وتوجيهُهُ كما ذكرَ.



---

١. تقدّم في ص ٢٦٥، الهامش ٤.

٢. لاحظ المقنعة، ص ٦٥٢.

المقصدُ الثالثُ في الصَدقةِ والحبسِ

تفتقرُ الصَدقةُ إلى إيجابٍ وقبولٍ وإقباضٍ بإذنٍ ونيَّةِ التـقرُّبِ، فـلوقَبَضَ بغيرِ رِضى المالكِ لم يصحّ، ومع القبضِ لا يجوزُ الرجوعُ فيها مطلقاً.

وتحرمِ الواجبةُ على بني هاشمٍ مِنْ غيرِهم، ويجوزُ منهم ولمـواليـهم مـطلقاً، والمندوبةُ لهم.

وتجوزُ على الذمّي وإنْ كانَ أجنبيّاً.

وصدقةُ السِرِّ أفضلُ، إلّا مع التُهمَةِ بالمنعِ.

وتَفتقرُ السُكنى إلى الإيجابِ ـ مثل: «أسكنتُك» و«أعـمرتُك» و «أرقـبتُك» وشبهه ـ والقبولِ، والقبضِ، فإنْ قُرِنَتْ بعُمرِ أحدِهما أو بمدَّةٍ معيّنةٍ لَزِمَتْ بالقبضِ.

ولو قال: «لك سُكنى هذهِ الدارِ ما بقيتَ» جاز، ويرجعُ إلى المالكِ بعدَ مـوتِ الساكن، ولو مات المالك أوّلاً لم يكن لِوَرَثَتِه إزعاجُه.

ولو قرنَها بموتِ نفسِه فللساكنِ السُكنى مدَّةَ حياتِه، فإنْ مات الساكـنُ أوّلاً لم يكن له إزعاجُ الورثةِ مدَّةَ حياتِه.

ولو أطلقَ ولم يُعيِّنْ كانَ له الرجوعُ متى شاءَ.

ويصحّ إعمارُ كلِّ مايصحُّ وقفُه، ولا يَبْطُلُ بالبيعِ.

وللساكن بالإطلاقِ السُكنى بوُلْدِه وأهلِه لا غيرَ، إلّا مع الشرطِ، وليس له أنْ يؤجِرَ.

وإذا حَبَس فرسَه أو غلامَه في سبيلِ الله أو خـدمةِ البـيتِ أو المسـجد لَـزِمَ ما دامتِ العينُ باقيةً.

ولو حَبس على إنسانٍ ولم يُعيِّن ثمّ مات رجعتْ مـيراثـاً، وكـذا لَـوِانْـقضَتْ مدَّةُ التعيينِ.

المقصدُ الرابعُ في الوصايا

وفيه أربعة مطالب:

المطلبُ الأوّلُ في أركانها

وهي أربعةٌ:

[الركنُ] الأوّلُ [في] الوصيَّةِ

وهي تمليكُ عينٍ أو منفعةٍ بعدَ الوفاةِ، وتفتقرُ إلى إيجابٍ ـ وهو كلُّ لفظٍ دالٍّ عليه، مثل: «أعطوه بعدَ وفاتي» أو «له بعدَ وفاتي» أو «أوصيتُ له»، إمّا مطلقاً كهذا، أو مقيّداً مثل: «أعطوه إذا متُّ في مرضي هذا» أو «في سَنَتي هذه» ـ وقبولٍ.

ولا ينتقل بهما إلّا بعدَ الموتِ، ولو لم يَقبَل لم تنتقل بالموتِ، ويكفي القبولُ قبلَه أو بعدَه متأخّراً مالم يَرُدَّ، ولو ردَّ في حياتِه جازَ أنْ يقبلَ بعدَالموتِ، ولو رَدَّ بعدَ الموتِ وقَبْلَ القبولِ بطلتْ ● ولو قَبِلَ ثمّ ردَّ لم تبطُل وإنْ لم يقبِضْ على رأي، ولو ردَّ بعضاً بطلتْ فيه خاصّةً، ولو مات قبلَ القبولِ فلوارثِه القبولُ، ولو كان

قولهﷺ ـ في الوَصايا ـ: «ولو قَبِلَ ثمّ رَدَّ لم تَبطُلْ وإنْ لم يَقْبِضْ على رأي».

أقول: يريد أنّه إذا قَبِلَ المُوصى لَه الوصيَّةَ بعدَ مَوتِ المُوصِي ولم يَقبِضْ ثمّ ردَّ الوصيَّةَ لم تَبطُلِ الوصيّةُ. وهو اختيارُ الشيخِ نجمِ الدينِ[1] والمصنِّفِ[2]؛ لِحصول مِلْكِه بالوصيَّةِ الجامعةِ للشرائط، فلم يَزَلْ إلّا بسببٍ ناقلٍ، والردُّ ليس ناقلاً.

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٨٩.

٢. قواعد الأحكام، ج ١، ص ٢٩٠.

الموصى به ولدَه فإنْ كان ممّن ينعتقُ على الوارثِ وَرِثَ إنْ كانوا جماعةً وقَبِل قَبْلَ القسمةِ، وإلّا فلا، ولا يَنعتق على الميّت.

ولا تصحُّ الوصيّةُ في معصيةٍ، كمساعدة الظالمِ، والإنفاقِ على البِيَعِ والكنائسِ، وكِتْبَةِ التوراةِ والإنجيلِ، ولا بالمصحَفِ للكافر، ولا بالعبدِ المسلمِ له، ولو أوصى له بعبدٍ كافرٍ فأسلم قبلَ القبولِ بطلتْ، وبعدَه بعدَ الموت يُباعُ عليه.

وذهب الشيخُ في المبسوطِ [1]، وابنُ حمزةَ إلى صحّةِ الردِّ، وبُطلانِ الوصيّةِ به [2]؛ لأنّه وإنْ كان قد مَلِكَه إلّا أنّه لم يَستقرَّ مِلكُه إلّا بالقبضِ، كالمَوقوفِ عليه إذا رَدَّ، فإنّه يصحُّ وإنْ كان قد مَلِكَ. ونَمنعُ عدمَ الاستقرارِ؛ والسندُ أنّه عقدٌ لاخيارَ فيه، فلا ينقسمُ إلى المستقرِّ وغيرِه، والقياسُ على الوقفِ مع بطلانِه لا يَتِمُّ؛ لوجودِ الفارقِ؛ إذْ بالردِّ في الوقفِ لم يحصُلِ القبولُ الذي هو شرطٌ أو جزءٌ، مَع منعِ مِلكه بدون القبولِ، ومَنعِ ردِّه بعدَهُ.

ورُبما قيل: إنّ الهبةَ أقوى من الوصيّةِ، وردُّها جائزٌ بعدَ القبولِ وقَبْلَ القَبْضِ فكذا هنا. أمّا الأوّلُ: فَلِلتّنجيزِ فيها، والتّعليقِ في الوصيّةِ [3]، والمنجّزُ أقوى؛ ولهذا قُدِّمَ مُنجّزاتُ المريضِ. وأمّا الثاني: فَلاشتِراكِهِما في التبرُّعِ بالإعطاءِ.

وجوابُه: أنّه قياسٌ محضٌ مع قيامِ الفارقِ؛ فَإنّ المِلْكَ حَصَلَ في الوصيّةِ بالقبولِ بخلاف الهِبَةِ، كما صَرَّحوا بِه.

واعْلَم أنّ الأقسامَ المُمكِنَةَ في الردِّ ـ بالنسبةِ إلى ماقبلَ الوفاةِ وبعدَها والقبولِ والقبضِ ـ ثمانيةٌ، فالأرْبَعَةُ التي قبلَ الوفاةِ لا حكمَ لِلردِّ فيها قَطعاً، وما بعدَ الوَفاةِ فاثنتانِ منه يُبْطِلانِ الوصيّةَ قطعاً، وهما اللذانِ قبلَ القبولِ، سواءٌ حصل هناك قبضٌ أو لا، وواحد لا يُبْطِلُها قطعاً، وهو مابعدَ القَبولِ والقَبضِ، وواحدٌ مُخْتَلَفٌ فيه، وهو ماذكرناهُ هنا.

---

١. المبسوط، ج ٤، ص ٣٣.

٢. الوسيلة، ص ٣٧٧.

٣. حكاه عن ابن حمزة فخرالمحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٧١ حيث قال: وقال ابن حمزة: إذا ردّ الوصيّة قبل القبض صحّ الردّ؛ لأنّ الهبة أقوى منها، لأنّها منجّزة والوصيّة معلّقة، والهبة لاتلزم بالقبض والقبول، وكذا الوصيّة لاتلزم بالموت والقبول.

وهي عقدٌ جائزٌ، للموصي الرجوعُ متى شاءَ بـالتصريحِ أو بـفعلِ المـنافي أو بتصرّفه بحيثُ تخرج عَنِ المسمّى، كطَحْنِ الطعامِ وخُبْزِ الدقيقِ وخَلْطِ الزيتِ، لا بدَقِّ الخُبز فَتيتاً، ولا بِجُحُود الوصيّة.

الركنُ الثاني في الموصي

ويُشترطُ فيه أهليّةُ التصرُّفِ ● وتُمضى وصيّةُ مَنْ بلَغَ عَشـراً فـي المـعروفِ على رأي.

قوله ﷺ: «وتُمْضى وصيَّةُ مَنْ بَلَغَ عشراً في المعروفِ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ الشيخِ ﷺ وزاد الهبةَ والعتقَ، مع ثلاثةِ شروطٍ: بلوغُ العشـرِ، ووضـعُ الأشياءِ مَواضِعَها، وكونُها في المعروفِ[١]. وكذا ابنُ البَرّاج[٢]، وكذا المفيدُ[٣]، إلّا أنّه مَنَع مـن الهِبَةِ ولم يُصرِّح بالشرط الثالث. وتَبِعَه سلّارُ وزاد في المنع الوقفَ[٤]، والمفيد وسلّار ساوَيا بينَه وبينَ السفيهِ. وأبو الصلاح قال: لا تُمْضى وصيَّةُ مَنْ نَقَص عن العَشر، والمحجورِ عليه إلّا ما تعلّق بأبواب البرّ[٥]. وظاهِرُهُ إنّ بالغ العشرِ يصحُّ في غَير ذلك. وابنُ الجُـنَيدِ اكـتفى فـي الصبيِّ بالثماني، وفي الصبيّةِ بالسبعِ، وألحقهما بالبالغ الرشيدِ[٦]. وابنُ حمزةَ اعتَبَرَ الْمُراهِقَ

---

١. النهاية، ص ٦١١.

٢. المهذّب، ج ٢، ص ١١٩.

٣. صرّح الشيخ المفيد بالشرط الثالث ولم يصرّح بالشرط الثاني. قال في المقنعة، ص ٦٦٧ ـ ٦٦٨: وإذا بلغ الصبيّ عشر سنين جازت وصيّته في المعروف من وجوه البرّ، وكذلك المحجور عليه لسفه إذا وصّى في بـرّ ومـعروف جازت وصيّته، ولم يكن لوليّه الحجر عليه في ذلك. ولا يجوز وصيّة الصبيّ والمحجور عليه فيما يخرج عن وجوه البرّ والمعروف. وهبتهما باطلة.

٤. في المراسم، ضمن سلسلة الينابيع الفقهية، ج ١٢، ص ٨٢: والصبيّ غير البالغ على ضربين: أحـدهما قـد بـلغ عشر سنين، والآخر لم يبلغها، فمن بلغها جازت وصيّته أيضاً في البرّ والمعروف خاصّةً، ولا تمضى هبته ولا وقفه، وكذلك السفيه. وفي المراسم ـ المطبوع مستقلاً ـ ص ٢٠٣: ولا تمضى هبته ولا وقفه بما ليس في وجـوه البـرّ، وكذلك السفيه. فراجع وتأمّل لعلّه سهو من الكاتب.

٥. الكافي في الفقه، ص ٣٦٤.

٦. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤٨، المسألة ١٢٤.

ولو جَرَح نفسَه بالمُهلكِ ثمّ أوصى بطلتْ؛ ولو أوصى ثمّ جَرَحَ نفسَه أو قَتَلها صحّتْ.

الذي يَضَعُ الأشياءَ في مواضِعِها بالمعروف، وجوّز أيضاً الصدقةَ والعتقَ والهبةَ بالمعروفِ في الجميع [١]. والمصنّفُ هنا ونَجمُ الدينِ ذَهَبا إلى مَذهبِ الشيخَيْن [٢]؛ لاشتهاره ولِكَثْرةِ الرواياتِ به.

فمنها: ماروا زرارةُ عن الباقر ﷺ قال: «إذا أُتي على الغلام عشرُ سنينَ فإنّه يجوز له في مالِهِ ما أعْتَقَ أو تَصدَّقَ، أو أوْصى على حدٍّ معروفٍ وحقٍّ، فهو جائزٌ» [٣]. وقد تقدّمت [٤].

ومنها: ماروا الصدوقُ أبو جعفرٍ محمّد بن بابويه ـ في الصحيحِ ـ عن عبدالرحمن ابن أبي عبدالله عن الصادقِ ﷺ قال: «إذا بَلَغَ الغلامُ عَشْرَ سنينَ جازتْ وَصِيَّتُه» [٥].

ومنها: مارواه عن أبي بصيرٍ ـ في الصحيحِ ـ عن الصادق ﷺ قال: «إذا بَلَغَ الغلامُ عَشْرَ سنينَ فَأوْصى بِثُلُثِ مالِهِ في حقٍّ جازَتْ وصيّتُهُ، وإنْ كانَ ابنَ سَبعِ سنينَ وَ أوصى من ماله باليسير في حقٍّ جازتْ وصيّتُه» [٦]. وغير ذلك من الأحاديث [٧].

وخالف ابنُ إدريسَ في ذلك كُلِّهِ [٨]. والمصنّفُ في كثيرٍ من كُتُبِهِ [٩]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [١٠] الآيَة، ولأنّ مناطَ التصرُّفِ في المالِ معدومٌ عنه،

---

١. الوسيلة، ص ٣٧٢.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٠.

٣. الكافي، ج ٧، ص ٢٨، باب وصيّة الغلام والجارية ...، ح ١؛ الفقيه، ج ٤، ص ١٩٧، ح ٥٤٥٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨١، ح ٧٢٩.

٤. تقدّمت في ص ٢٦١.

٥. الفقيه، ج ٤، ص ١٩٦، ح ٥٤٥٣؛ ورواه الكليني في الكافي، ج ٧، ص ٢٨ ـ ٢٩، باب وصيّة الغلام والجارية ...، ح ٣؛ والشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨١، ح ٧٢٦.

٦. الفقيه، ج ٤، ص ١٩٧، ح ٥٤٥٥؛ ورواه الكليني في الكافي، ج ٧، ص ٢٩، باب وصيّة الغلام والجارية ...، ح ٤؛ والشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨٢، ح ٧٣٢.

٧. راجع تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨٢، باب وصيّة الصبيّ والمحجور عليه.

٨. السرائر، ج ٣، ص ٢٠٦.

٩. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٧؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٣٦، الرقم ٤٧٣٦؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٠٩ (الطبعة الحجريّة).

١٠. النساء (٤): ٦.

ويُشترطُ في الموصي بالولايةِ أنْ يكونَ أباً أو جَدّاً له، ولو أوصتِ الأُمُّ لم تصحّ، ولو أوصتْ لهم بمالٍ و ولايةٍ بطلتْ في الولايةِ وفيما زادَ على الثُلثِ مِنَ المالِ.

الركنُ الثالثُ في الموصى له

ويُشْترطُ وجودهُ، فلا تصحُّ لِمعدومٍ، ولا لميّتٍ ظُنَّ وجودهُ، ولا لما تَحمِلُه المرأةُ. وتصحُّ للحَملِ، ويَملِكُ إنِ انفصل حيّاً، ولو سقط ميّتاً بطلتْ، ولو مات بعدَ سقوطِهِ فهي لِوَرَثَتِه.

● وتصحُّ للأجنبي والوارثِ والذمّي الأجنبي على رأي، دونَ الحربي ومملوكِ

ولحديثِ رَفع القَلمِ[١]. وهو يدلُّ على أنّه لا حُكْمَ لقوله.

والمصنّفُ في المختلفِ جَعَلَ الأحْوَطَ عدمَ إنفاذِ وصيّتِه[٢].

وفيه نظرٌ؛ إذِ الاحتياطُ للوارثِ مع عدمِ الحَجْرِ عليه إنفاذُها. اللهمّ إلّا أنْ يُريدَ بذلكَ أنّ الأحوطَ لِلْمُوصى لَه أنْ لا يَقْبَلَ وصيّةَ الصبيّ. ففيهِ بُعْدٌ، مع إمكانِ كون الوصيّةِ في جِهَةٍ عامّةٍ، أو لِطِفلٍ مُوَلّى عليه، فلا يُتصوَّرُ الاحتياطُ هنا. وإنْ أرادَ به معنىً آخَرَ فلا بدَّ من إفادَتِهِ وإقامَةِ الدليلِ عليه.

وبالجملةِ فالإقدامُ على ردِّ ما تظاهَرَتْ به الفتوى واشتهرتْ به الروايةُ من طريق أهلِ البيتِ عليهم السلام مشكلٌ.

قوله رحمه الله: «وتصحُّ للأجنَبِي وللوارث والذمّي الأجنبي على رأي».

أقول: هذا مَذهبُ ابن إدريسَ[٣] ونَجمِ الدينِ[٤] والمصنّفِ[٥]. وهو ظاهرُ مَذهَبِ الشيخِ

---

١. الخصال، ج ١، ص ١٠٥ ـ ١٠٦، ح ٢٨١؛ سنن ابن ماجة، ج ١، ص ٦٥٨ ـ ٦٥٩، ح ٢٠٤١ و ٢٠٤٢.

٢. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٥٠، المسألة ١٢٤.

٣. السرائر، ج ٣، ص ١٨٦.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٩.

٥. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٩؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٦٢، الرقم ٤٧٩٩، وص ٣٦٦، الرقم ٤٨٠٩.

الغيرِ وإنْ أجاز مولاه أو تشبَّثَ بسببِ الحرّيَّةِ، كالتدبيرِ والكتابةِ، نَعَم لو كان مطلقاً وقد أدّى شيئاً صحّ بنسبةِ الحرّيَّةِ، وبطل الزائدُ.

في الخلافِ [١]، ويلوحُ من كلامِ المفيدِ، مع تصريحه بأنّ الصدقةَ تُشترطُ فيها الرَحِميَّةُ، ثمّ حكم بأنّه مع انتفائِها تَرجعُ إلى ماله وتُقسَّمُ بين وَرَثَتِهِ [٢]. و هو يُشعِرُ بأنّ الصدَقَةَ على جِهَةِ الوصيّةِ. وابنُ الجُنَيْد خَصَّ ذلك بفِداء بعضِ أهلِه من دارِالحربِ من الكِتابِي والمشركِ [٣].

للشيخين قوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَ مَا سَمِعَهُۥ﴾ [٤] وقولهَ: ﴿لَّا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ﴾ [٥]، وقولُ النبيِّ ﷺ: «على كلِّ كَبِدٍ حرّى أجرٌ» [٦]، ولعدم اشتراط القُربةِ، ولأصالَةِ الصحّةِ، ولأنّها نوعُ عطيّةٍ فجازتْ بعدَ الوفاةِ كحالِ الحياةِ. و لا يَرِدُ الحربي ؛ للفَرقِ بجواز الاستيلاء على مالِهِ بخلافِ الذمّي، فجازتْ هبتُه ؛ لوصولِها إليه بخلافِ وصيّتِه ؛ إذْ لا يجبُ على الوصيِّ إيصالُها إليه ؛ لعدمِ احترام مالِه، ولا نعني بـ«البطلانِ» إلّا ذلك. هكذا ذكرَهُ في المختلفِ [٧].

ويُشكل بأنّ ذلك لا يُنافي مِلْكِيَّتَهُ، وليس معنى «البطلانِ»، بل إذا قَبِلَ مَلِكَ. ثمّ يَجوزُ الاستيلاءُ عليه لِكلِّ مسلمٍ سواءٌ كان وارثَ الميِّتِ أو لا، حتّى لَوِ اتَّفَقَ في يدِ بعضِ الوَرَثَةِ أوِ الوَصِيِّ ونَوى تَمَلُّكَه مَلَكَهُ. كلُّ ذلك على تَقْديرِ تسليمِ مِلْكِ الحَرْبي. ومن هنا تَظْهر قوّةُ ما قاله أبو الصلاحِ ﵀ [٨] كما يأتي [٩]؛ وذلك لأنّ الحربي ليس مِنْ أهلِ التبرُّعِ عليه صدقةً.

أمّا إذا كان على طريقةِ التمليكِ المجرّدِ فلا يتحقّقُ المانعُ مِنْ هذا الدليلِ، و إنْ أمكن من غيره ؛ ولما رواه محمّدُ بنُ مُسلِمٍ عن أحدِهما ﵉ في رجلٍ أوصى بمالِه في سبيل اللهِ

---

١. الخلاف، ج ٤، ص ١٥٣، المسألة ٢٦.

٢. المقنعة، ص ٦٧١.

٣. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٠٦، المسألة ٨٦.

٤. البقرة (٢): ١٨١.

٥. الممتحنة (٦٠): ٨.

٦. تقدّم تخريجه في ص ٢٦٧، الهامش ٦.

٧. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٠٧، المسألة ٨٦.

٨. الكافي في الفقه، ص ٣٦٤.

٩. يأتي بُعَيد هذا بقليل.

ولو أوصى لعبدِه أو مدبَّرِه أو مكاتَبه أو أمّ ولدِه أو مكاتَبِهِ المشروطِ أو الذي لم يؤدِّ شيئاً صحّ، ثمّ يُقوَّمُ بعدَ إخراجِ الوصيّةِ أو ما يحتمله الثُلْثُ منها، فإنْ كانَ بقدرِها عَتَقَ ولا شيءَ له، وإنْ قصرَتْ قِيمتُه أُعتِقَ وأُعطِيَ الباقي.

● وإنْ كانتْ أكثرَ عَتَقَ ما يحتمله وَاسْتُسعي في الباقي مطلقاً على رأي.

قال: «أعطِ لِمَنْ أوصى له وإنْ كان يهوديّاً أو نصرانياً إنّ الله تعالى يقول: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ﴾»[1]. الآية.

وذهب ابنُ البرّاجِ إلى المَنْعِ مطلقاً[2]؛ لأنّ الوصيّةَ نوعُ مُوادّةٍ فيَدخُلُ تَحتَ النهيِ.

وذهب الشيخُ في النهايةِ[3] و سلّارُ في ظاهرِ كَلامِهِ[4] و أبو الصلاحِ إلى الجَوازِ لِذِي الرَّحِمِ؛ لعمومِ الحثّ على صِلَةِ الرحِمِ. وقيّد أبو الصلاحِ بِكَوْنِها تبرُّعاً بِصِلَتِهِ، ثمّ قال: فإذا أطلَقَ الوصيّةَ للكافرِ الأجنَبِي وَلم يَجْعَلْها صدقةً، أو صرَّحَ بِكَونِها مُكافأةً على مَكْرَمَةٍ دُنيويّةٍ أو مُبْتَدِءٍ بها فهي ماضيةٌ[5].

قوله‌: «وإنْ كانَت أكثرَ عَتَقَ ما يَحْتَمِلُه واستُسعي في الباقي مطلقاً على رأي».

أقول: يُريد إذا أُوصي لِعَبْدٍ بِمالٍ، يُنسَبُ المالُ إلى قيمتِهِ، فَإنْ ساواها أو زادَ عَتِقَ، وإنْ نَقَصَ عتقَ منه مايَحْتَمِلُه الثُلْثُ مطلقاً ـ أي سواءٌ كانت قِيمتُه ضِعفَ الوصيّةِ أو لا ـ وَهو ظاهرُ مَذهب الشيخِ في الخلافِ[6] وأبي الصلاحِ[7] وعليِّ بنِ بابويهِ‌[8] وابنِ إدريسَ[9]

---

١. الكافي، ج ٧، ص ١٤، باب إنفاذ الوصيّة على جهتها، ح ٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٠١ ـ ٢٠٢، ح ٨٠٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢٨، ح ٤٨٤. والآية في البقرة (٢): ١٨١.

٢. المهذّب، ج ٢، ص ١٠٦.

٣. النهاية، ص ٦٠٩.

٤. المراسم، ص ٢٠٣.

٥. الكافي في الفقه، ص ٣٦٤.

٦. الخلاف، ج ٤، ص ١٦٥، المسألة ٤٨: دليلنا إجماع الفرقة.

٧. الكافي في الفقه، ص ٣٦٥.

٨. حكاه عنه العلّامةُ في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٢٩، المسألة ١٠٨.

٩. السرائر، ج ٣، ص ١٩٨ ـ ١٩٩.

....

ونجمِ الدينِ في النكتِ[١]، واستحسنَهُ في الشرائع[٢]. واستدلَّ الشيخُ عليه بإجماعِ الفِرقَةِ.

وقال شيخُنا المفيدُ[٣] والشيخُ في النهاية[٤] وابنُ البرّاج[٥] ـ وهو ظاهر كلام سلّار[٦] ـ: إذا بلغَتْ قِيمَتُه ضِعفَ الوصيَّةِ بَطَلَتِ الوصيَّةُ؛ لما رواه الحسنُ بنُ صالحِ بنِ حيٍّ، عن أبي عبدالله في رجلٍ أوصى لِمملوكٍ له بثُلْثِ مالِهِ فقال: «يُقوَّمُ المَمْلُوكُ بقيمةٍ عادلةٍ ثمّ يُنْظَرُ ما ثلثُ الميّتِ؟ فإنْ كان الثُلْثُ أقلَّ مِن قيمةِ العبدِ بِقَدْرِ رُبْعِ القيمةِ استُسعي العبدُ في رُبعِ القيمةِ، وإنْ كانَ الثُلثُ أكثرَ من قيمةِ العبدِ أُعْتِقَ العبدُ ودُفِعَ إليه ما فَضَلَ»[٧].

وهي دالَّةٌ بمفهومِها على الدعوى، وذلك؛ لأنّه حَكَمَ بالاستسعاءِ إذا كان الثُلْثُ بإزاء ثلاثةِ أرباعِ العبدِ، وبالعتقِ وإعطاءِ الفاضلِ إنْ فَضَلَ، وذلك يَستلزِمُ العِتقَ إنْ ساوى، والاستسعاءَ إنْ زادَ على ثلاثةِ أرباعٍ بطريقِ الأُولى، وعدَمَ الاستسعاءِ إنْ نَقَص عن ثلاثةِ أرباعٍ؛ وذلك يستلزِمُ بُطلانَ العتقِ؛ لأنّ الاستسعاءَ لازمٌ لِعِتْقِ بَعضِ العبدِ في الأكْثرِ، وانتفاءُ اللازمِ يدلُّ على انتفاءِ الملزومِ، فيَنتفي عتقُ ذلك البعضِ، وظاهرٌ انتفاءُ عِتقِ الباقي؛ لِعَدَمِ احتمالِ المالِ له.

وهذا كلُّه إنْ تَمَّ، إلّا أنّه مِن أينَ يقعُ التحديدُ بالضِعفِ؟ فإنّه متى نقصَ عن ثلاثةِ الأرباعِ كان وافياً بالمفهومِ. إلّا أنْ يُقالَ بذلك؛ حَوالَةً على ما إذا أعْتقَهُ وعليه دينٌ فإنّه لا يَنفُذُ العتقُ فيه، إلّا إذا كانت قِيمتُهُ ضِعفَ الدينِ. وهو بعيدٌ. وَسَندُ الأوّلِ ضعيفٌ؛ فإنّ الحسنَ بنَ صالحٍ زيديٌّ[٨]، لا عملَ على ما يَنفَرِدُ بِهِ، على أنّ المفهومَ ضعيفٌ. فحينئذٍ لا مرجِّحَ إلّا عملُ الأصحابِ.

---

١. نكت النهاية، ج ٣، ص ١٤٨.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٩.

٣. المقنعة، ص ٦٧٦.

٤. النهاية، ص ٦١٠.

٥. المهذّب، ج ٢، ص ١٠٧.

٦. المراسم، ص ٢٠٤.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٦، ح ٨٥١؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٣٤، ح ٥٠٥.

٨. قال الشيخ في تهذيب الأحكام، ج ١، ص ٤٠٨، ذيل الحديث ١٢٨٢: والراوي له الحسن بن صالح وهو زيدي بُتري متروك العمل بمايختصّ بروايته؛ وراجع ترجمته الفهرست، ابن النديم، ص ٢٢٧.

....

وذهب المصنّفُ في المختلف إلى:

صحَّةِ الوصيَّةِ إن كانَ بالجزءِ المُشاعِ كالثلُثِ، وينعتقُ منه بقَدْرِه مطلقاً؛ لتناولِ الجزءِ المشاعِ نَفْسَه، والوصيّة له بِنَفْسِه تَصحُّ. والفاضلُ استحقَّه بالوصيَّةِ؛ لأنّه يصيرُ حرّاً فَيَمْلِكُ الوصيَّةَ فيصيرُ كأنّه قال: أعْتِقُوا عبدي مِنْ ثُلُثي و أعطوه مافَضَلَ منه؛ ولما دَلَّتْ عليه الروايةُ [1].

وبُطلانِها [2] إنْ كانت بِمُعَيَّنٍ؛ إذ لا يجوزُ التَخَطّي إلى رَقَبَتِه؛ لأنّها غيرُها فيكون تبديلاً للوصيَّةِ منهيّاً عنه [3]. والعبدُ لا يَمْلِكُ فلا تصحُّ الوصيَّةُ له؛ ولعموم قولِ أحدِهما ﷺ: «لا وصيَّةَ لِمَمْلُوكٍ» [4]. فإنّه يَشْمَلُ مَمْلُوكَ الغيرِ ومملوكَ المُوصِي [5].

وهذا الذي اختارَه يَظْهَر من كلامِ ابن الجُنَيدِ ؒ [6]. ولا يَخْلو عن نَظَرٍ. ولهذا توقَّفَ فيه في القواعِدِ [7]؛ وذلك لأنّه وَإنْ صحَّتِ الوصيَّةُ له بنفسه ـ لأنّه في معنى التدبيرِ ـ إلّا أنّه إنّما مَلَكَ من نفسه ثُلُثَها؛ قَضِيَّةً لِلإشاعةِ فَيُعْتَق، فَلِمَ يُلزِم صرفُ باقي الوصيَّةِ إلى الثُلُثَين الآخَرَيْنِ؟ و ما الفرقُ بينَ صَرْفِ الباقي إلى الثلثين الأخيرين وبين صَرفِ المعيّن؟ فإنّ ذلك خارجٌ عنه قطعاً كالمعيَّن. فظهرَ المنعُ من صَيْرورَتِه حُرّاً بِأجْمَعِه.

وَإنْ أرادَ أنّ الثُلُثَ صارَ حُرّاً فصحَّتِ الوَصيَّةُ بالثُلُثَيْنِ وَإذا مَلكَها صُرِفَتْ في عِتْقِهِ، لوجوب السِعايةِ عليه، ولا يَقْصُرُ حالُ ذلك عمّا يَحْصُلُ بالسِعايةِ.

قلنا: في الحقيقةِ صَحَّتِ الوصيَّةُ بِثُلُثِ الثُلُثَين، وعلى هذا لا تَستوعبُ العتقَ. وإذا كان مِن طَريق السِعايةِ فالتخييرُ إليه في جهاتِ القضاءِ إنْ لم يَتعيَّنْ أنّ ذلك مصروفٌ في عتقه.

---

١. يعني رواية حسن بن صالح بن حيّ.

٢. عطف على قوله: «صحّة الوصيّة».

٣. البقرة (٢): ١٨١: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٦، ح ٨٥٢؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٣٤، ح ٥٠٦.

٥. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٢٩ ـ ٣٣٠، المسألة ١٠٨.

٦. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٢٩، المسألة ١٠٨.

٧. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٩.

● ولو أوصى بالعتقِ وعليه دَينٌ قُدِّم الدينُ، وصحَّتْ مطلقاً على رأيٍ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ عَتَقَ مايحتمِله ثُلثُ الباقي.

قوله ﷺ: «ولو أوصى بالعتقِ وعليه دَينٌ قُدِّمَ الدَينُ، وصحَّتْ مطلقاً على رأيٍ».

أقول: يُريد بقوله: «مطلقاً» أي سواءٌ كان قيمتُه ضِعْفَ الدَينِ أو أقلَّ. ذكره ابنُ إدريسَ ثمّ تردّد[١]، و نجمُ الدين ؛ لأنّ الدَيْنَ مقدَّمٌ على الوصيّة[٢]، ولمارواه الحلبي ـ في الحَسَنِ ـ قال: قلت لأبي عبدِاللهِ ﷺ: رجلٌ قال: إنْ مُتُّ فعبدي حرٌّ، و على الرجل دَينٌ، فقال: «إنْ تُوُفّي وعليه دَينٌ قد أحاطَ بِثَمَنِ الغلامِ بِيعَ العبدُ، وإنْ لم يكنْ قد أحاط بِثَمَنِ العبدِ استُسْعِيَ العبدُ في قضاءِ دَين مولاه وهو حرٌّ إذا أوفى»[٣].

وذهب الشيخُ ـ في النهاية[٤] ـ والقاضي إلى أنّه إذا كانت قيمتُه ضِعْفي الدَينِ صحّ العتقُ وسَعى في خمسةِ أسداسِ قيمتِهِ، ثلاثةٌ للدُيّانِ وسهمانِ للوَرَثَةِ[٥]؛ لما رواه عبدُ الرحمن بنِ الحجّاجِ ـ في الصحيح ـ عن الصادق ﷺ في رَجُلٍ ماتَ و ترك عبداً ولم يَترُكْ مالاً غيرَه وقيمةُ العبدِ ستُّمائةِ درهمٍ و دَيْنُه خمسُمائةِ درهمٍ فَأعْتَقَهُ عند الموت كيف يُصْنَع به ؟ قال: «يُباعُ العبدُ فَيأخُذُ الغُرَماءُ خمسمائةٍ، ويأخذُ الوَرَثَةُ مائةَ درهمٍ»، قال: فإنْ كانت قيمتُه ستّمائةِ درهمٍ ودَيْنُه أرْبعُمائةِ درهم ؟ قال: «كذا يباعُ العبدُ، فيأخذ الغُرَماءُ أرْبعَمائةٍ، ويأخذ الوَرَثَةُ مائتين ولا يكن للعبدِ شيءٌ»، قال: قلت: فَإنْ كانت قيمةُ العبد ستّمائةِ درهمٍ ودَيْنُه ثلاثَمِائةِ درهمٍ ؟ قال: فَضَحِكَ ثمّ قال بعدَ كلامٍ: «فالآنَ يُوقَفُ العبدُ ويُسْتَسعى، فيكونُ نصفُه

---

١. السرائر، ج ٣، ص ١٩٩.

٢. نكت النهاية، ج ٣، ص ١٤٩ ـ ١٥٠؛ وفي شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٩ ـ ٢٠٠: وإذا أوصى بعتق مملوكه وعليه دين، فإن كانت قيمة العبد بقدر الدين مرّتين أعتق المملوك، وسعى في خمسة أسداس قيمته. وإن كانت قيمته أقلّ بطلت الوصيّة بعتقه، والوجه أنّ الدّين يقدّم على الوصيّة فيبدأ بـه، ويـعتق مـنه الثـلث ممّا فضل عن الدين.

٣. الفقيه، ج ٣، ص ١١٩، ح ٣٤٥٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٨ ـ ٢١٩، ح ٨٥٧؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٩، ح ٢٨.

٤. النهاية، ص ٦١٠.

٥. المهذّب، ج ٢، ص ١٠٨.

● وتعتق أُمُّ الولدِ مِنَ الوصيَّةِ لا مِنْ نصيبِ الولدِ على رأي، فإنْ قَصُر عَتَقَ الباقي مِنَ النصيب.

للغرماءِ، ويكون ثُلثه لِلْوَرَثَةِ، وَيَكُون له السُّدُسُ» [١].

وجوابه: أنّ الرواية لا تدلُّ على مطلوبهِ؛ لأنّها وَرَدَتْ في العتقِ المنجَّزِ. والشيخُ أورَدَها في الوصيّةِ [٢]؛ ولو سُلِّمَ فالروايةُ الأُولى [٣] أقوى؛ لاعتضادِها بالأصلِ.

وابنُ إدريسَ حَكَمَ بِصِحَّةِ العِتقِ المُنجَّزِ [٤]؛ بناءً على أصله في المُنجَّزاتِ [٥]، إلّا أنّه لا يقيِّدُها بكونِ قيمتِه ضعفَ الدَينِ أو غيره.

والشيخُ نجمُ الدين [٦] عَمِلَ بمضمونها بتمامه؛ لصحّةِ الرواية، وعَدَمِ توجُّهِ الإضرارِ على الوارث والدُّيّان.

قوله: «وتَنْعتقُ أُمُّ الولدِ من الوصيّة لامِنْ نصيبِ الوَلَدِ على رأي».

أقول: إذا أوصى الإنسانُ لأُمّ وَلَدِهِ بشيءٍ فللأصحابِ فيه أقوالٌ:

الأوّل: ما ذهب إليه المصنّفُ (طاب ثراه) في هذا الكتاب ظاهراً مِنْ أنّها تُعْتَقُ من الوصيّة، فإنْ فَضُلَ منها شيءٌ عُتِقَ من نصيبِ وَلَدِها. وهو اختيارُ ابن إدريسَ [٧] ونجمِ الدينِ في الشرائعِ [٨]؛ لِتأخُّرِ الإرثِ عن الوصيّةِ والدَين؛ قَضِيَّةً لِلآيَةِ [٩]. فلا يَمْلِكُ منها شيئاً إلّا بعدَ الوصيّةِ.

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٢٦، باب من أعتق وعليه دين، ح ١؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٧ـ٢١٨، ح ٨٥٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ٨ ـ ٩، ح ٢٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٧، ح ٨٥٤؛ وأوردها في الاستبصار، ج ٤، ص ٨ ـ ٩، ح ٢٧، في كتاب العتق.

٣. أي رواية الحلبي.

٤. السرائر، ج ٣، ص ١٤ و ١٩٩.

٥. السرائر، ج ٣، ص ١٤ ـ ١٥ و ١٩٩؛ وعطاياه المنجزة صحيحة على الصحيح من المذهب، لاتحسب من الثلث بل من أصل المال.

٦. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٩ ـ ٢٠٠.

٧. السرائر، ج ٣، ص ١٩٩ ـ ٢٠٠.

٨. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٠: ولو أوصى الإنسان لأمّ ولده صحّت الوصيّة [من الثلث] وهل تعتق من الوصيّة أو من نصيب ولدها؟ قيل: تعتق من نصيب ولدها، وتكون لها الوصيّة؛ وقيل: بل تعتق من الوصيّة؛ لأنّه لا ميراث إلّا بعد الوصيّة.

٩. النساء (٤): ١١ ـ ١٢.

....

وأُجيب بِأنّ المُتأخِّر عن الدَينِ والوصيّةِ استقرارُ المِلْك لا نفسُ المِلْكِ؛ لامتناع بَقاءِ المِلْكِ بَغَيْرِ مالكٍ [١].

الثاني: أنّها تُعتَقُ من نصيب الوَلَدِ وتأخُذُ الوصيّةَ، وهو مذهب الشيخ في النهاية [٢] ونجمِ الدين في النكتِ [٣] والمصنِّفِ في المختلفِ [٤]؛ لانتقال التَرِكَةِ إلى الوَرَثَةِ من حينِ الموتِ، فيستقرُّ ملكُ وَلَدِها على جُزْءٍ منها فتُعْتَقُ، فقد صادف استحقاقُها الوصيّةَ عِتْقَها من نصيبِ الولد فتستَحِقُّ الوصيّة.

ولِما رواه الشيخُ رحمه الله في التهذيبِ عن أحمدَ بنِ محمَّدٍ، عن ابن محبوبٍ، عن جميل بن صالح، عن أبي عبيدةَ، عن أبي الحسن عليه السلام في رجلٍ أوصى لأُمِّ وَلَدِهِ بِألْفَي دِرهَم، فقال: «تُعتَقُ من ثُلْثِ المَيِّتِ، وتُعطى ماأوصى لها به». وفي كتاب العبّاس: «تُعتَق من نصيبِ وَلَدِها، وتُعطى مِنْ ثُلثِه ما أوصى لَها به» [٥].

الثالث: أنّها تُعتَقُ من ثُلْثِ الميّتِ وَتأخُذُ الوصيّةَ، وهو مَذهب الشيخِ أبي جعفرٍ محمَّدِ بنِ بابويه رحمه الله؛ لصحيحة أبي عبيدَة حين سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ كانت له أُمُّ وَلَدٍ له منها غلامٌ، فلمّا حضرتْه الوفاةُ أوصى لَها بِألْفَي دِرْهَمٍ أو بِأكْثَر، لِلْوَرَثَةِ أنْ يَستَرِقُّوها؟ قال: «لا بل تُعتَقُ من ثُلث الميِّتِ، وتُعطى ما أوصى لَها به» [٦].

قال في المختلف: يمكنُ حملُها على ما إذا أوصى بعتقها أيضاً [٧]. و رُبَما حُمِلَتْ على كون نصيبِ ولدها مقدار الثلث [٨].

---

١. المجيب هو العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٣٤، المسألة ١١٠؛ وتذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٦٣ (الطبعة الحجريّة).

٢. النهاية، ص ٦١١.

٣. نكت النهاية، ج ٣، ص ١٥١.

٤. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٣٣، المسألة ١١٠.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٢٤، ح ٨٨٠؛ ورواه أيضاً في الكافي، ج ٧، ص ٢٩، باب الوصيّة لأُمّهات الأولاد، ح ٤. رواه الشيخ عن جميل بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام. والكليني عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة عن أبي عبدالله عليه السلام.

٦. الفقيه، ج ٤، ص ٢١٦، ح ٥٥١٠.

٧. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٣٤، المسألة ١١٠.

٨. نسب هذا الحمل فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٨٨ ـ ٤٨٩ إلى والده العلّامة في تذكرة الفقهاء، ولم نجده فيه.

● والوصيّةُ للذكورِ والإناثِ تقتضي التسويةَ إلّا مع التفضيلِ، وكذا الأعمامُ والأخوالُ على رأي.

الرابع: قولُ ابن الجُنَيدِ: إنّها تُعْتَقُ مِن الوصيّةِ أو مِنْ نصيبِ الوَلَدِ وتُعْطى بَقِيّةَ الوصيّةِ [١].

والأقرَبُ اختيارُ الشيخ؛ لِبِناء العِتقِ على التغليبِ والسِرايةِ؛ ولهذا لو لم تكن ثَمَّ وصيّةٌ ولا مالٌ للميّتِ سواها عُتِقَ مِنها نصيبُ ولدِها، وسَعَتْ في الباقي لبقيّةِ الْوَرَثَةِ، مع أنّه لا تقديمَ لِبَعْضِ الوَرَثَةِ على بعضٍ في الإرْثِ؛ ضرورة تساويهم فيه.

كذا قال المصنّفُ [٢].

قولهُ: «والوصيّةُ للذكورِ والإناث تقْتَضِي التَسْوِيَةَ إلّا مع التفضيلِ، وكذا الأعمامُ والأخوالُ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ ابن إدريسَ [٣] ونجمِ الدين [٤] والمصنّفِ في المختلف [٥] والقواعد [٦]؛ للأصل.

وذهب الشيخُ في النهايةِ [٧] وابنُ البرّاجِ إلى قِسمتِهِ أثلاثاً، للأعمام الثُلثانِ وللأخوالِ الثلث [٨]. و روى ذلك ابنُ الجُنَيْدِ [٩] عن الباقر.

و رواه الشيخ بإسناده عن زرارةَ عن الباقر في رجلٍ أوصى بثُلث ماله في أعمامه وأخواله، فقال: «لأعمامه الثُلثان، ولأخواله الثُلث» [١٠].

---

١. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٣٢، المسألة ١١٠؛ وولده في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٨٨.

٢. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٣٤، المسألة ١١٠.

٣. السرائر، ج ٣، ص ٢١٠.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٠.

٥. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤٢، المسألة ١١٧.

٦. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٩.

٧. النهاية، ص ٦١٤.

٨. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤٢، المسألة ١١٧؛ ولكن قال في المهذّب، ج ٢، ص ١١٤: وإذا أوصى فقال: أعطوا ثلث مالي لقرابتي أو لأقربائي أو لذي رحمي كان حكم الكلّ واحداً.

٩. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤٢، المسألة ١١٧.

١٠. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٤، ح ٨٤٥؛ ورواه بسند آخر ليس فيه سهل في تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٣٢٥، ح ١١٦٩.

والوصيّةُ لأقاربِه للمعروفينَ بنَسَبِهِ؛ وللأقرب، للوارث، ويترتّبون بترتُّبه، ولا يُعطى الأبْعدَ مع وجود الأقربِ؛ وللقوم، لأهلِ لُغتِهِ؛ ولأهلِ بيته، للأولاد والآباء والأجدادِ؛ وللعشيرة والعِترةِ، لأقربِ الناسِ إليه نَسباً؛ وللجيرانِ، لمن يلي دارَه إلى أربعينَ ذِراعاً مِنْ كلّ جِهَةٍ.

والوصيّةُ للفقراءِ تنصرفُ إلى فقراءِ نِحْلَتِه.

● ولو مات الموصى له أوّلاً فالأقربُ البطلانُ، وقيل: إنْ لم يرجعِ الموصي فهي لورثةِ الموصى له، ولو لم يُخلّف أحداً فلورثةِ الموصي.

ولو قال: أعطوه كذا، ولم يُبيِّنِ الوجهَ صُرِف إليه يعمل به ما شاء.

وتُستحبُّ الوصيّةُ لذي القَرابةِ وارثاً كان أو لا.

وجوابها الطعن في السند؛ لأنّ فيه سهلُ بنُ زيادٍ، إلّا أنّه رواه ابنُ بابويه في الصحيح [1]، ورواه محمّدُ بنُ يعقوبَ في الحسن [2]، فحينئذٍ يمكن حملُها على أنّه جَعَلَه بينَهم على كتابِ الله تعالى.

قوله رحمه الله: «ولو مات المُوصَى لَه أوّلاً فَالأقربُ البطلانُ، وقيل: إنْ لم يَرْجِعِ المُوصِي فَهِيَ لِوَرَثَةِ المُوصَى لَه».

أقول: أقرَبُ المَذْهبينِ البُطلانُ؛ لأنّ انتِقال المُوصَى به إليهم إمّا عن المُوصَى لَه أو عن المُوصِي ولا سبيلَ إلى أحدهما.

أمّا الأوّلُ: فلأنّ المُنتَقَل إليهم إمّا القَبولُ أو مُتَعلَّقُه، والثاني باطلٌ إجماعاً؛ ضرورةَ عدمِ دُخوله في مِلكه إلّا بالإيجابِ والقبولِ والوفاة ولم يَحْصل سِوى الإيجابِ، والأوّلُ أيضاً باطلٌ؛ لأنّ القبولَ في العقودِ لا يُورَثُ، كقبول البَيْعِ والهِبةِ وغيرِهما.

وأمّا أنّه لا سبيلَ إلى الثاني و هو انتقالُه عن المُوصِي؛ فلأنّ المُوصِي لم يَقْصِدْهُم بالوصيّةِ؛ إذِ المقصودُ إنّما هو مُوَرِّثُهم.

---

١. الفقيه، ج ٤، ص ٢٠٨، ح ٥٤٨٦.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٥، باب من أوصى لقراباته ومواليه كيف يقسّم بينهم، ح ٣. وفي طريقه سهل بن زياد كما في الموضع الأوّل من تهذيب الأحكام، راجع الهامش ١٠ من ص ٢٩٥.

. . . .

ويُؤيِّدُه ماروّاه أبو بصيرٍ و محمّدُبنُ مسلمٍ معاً ـ في الصحيحِ ـ عن الصادق ﷺ قال: سُئِلَ عن رجلٍ أوْصى لِرجلٍ فمات المُوصَى له قَبْلَ المُوصِي، قال: «ليس بشيءٍ»[1]. وهو اختيارُ ابنُ الجُنَيْد[2]. وحَمَلَ الشيخُ في الاستبصار قوله ﷺ: «ليس بشيء» على أنّه ليس بشيءٍ يَنْقُضُ الوصيّةَ، بل الوصيّةُ على حالها من الثبوتِ لوَرَثَتِه، أو يُحْمل على أنّ المُوصِي رَجَعَ في الحياة[3].

والقول المحكيُّ في الكتاب هو المشهورُ بين الأصحاب، رواه ابنُ بابويه ﷺ[4]، واختاره المفيدُ ﷺ[5] والشيخُ[6]، وهو ظاهرُ اختيارِ نجمِ الدينِ[7]؛ لأنّ القبولَ حقٌّ لِلمُوَرِّثِ فيُنْتَقَل إلى الوارثِ كالخيارِ؛ ولما رواه محمّدُ بنُ قَيسٍ عن الباقر ﷺ قال: «قضى أميرُ المؤمنينَ ﷺ في رجلٍ أوصى لآخَرَ والمُوصَى له غائبٌ فَتُوُفِّيَ الذي أوصى له قبلَ المُوصي، قال: الوصيّةُ لِوارِثِ الذي أوصَى له، قال: ومن أوصَى لأحدٍ شاهداً أوغائباً فَتُوُفِّي المُوصى لـه قَـبْلَ المُوصي فَالْوَصيّةُ لِوارثِ الذي أوصى لَه، إلّا أنْ يَرْجِعَ في وَصيَّته قَبلَ موته»[8].

وأجابَ المصنِّفُ في المختلفِ: بِمنعِ انتقالِ كلِّ حقٍّ ـ كما قلنا في عدمِ انتقالِ حقِّ قبولِ العقود ـ وأمّا الخيارُ فاستَقِرَّ في حياةِ المُوَرِّثِ، وعن هذه الروايةِ بِأنّ في طريقِها محمّدَ بنُ قَيسٍ وهو مقولٌ على جماعةٍ، أحدُهم ضَعيفٌ فلعلّه الراوي. واختارَ فيه الأوّلَ[9].

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣١، ح ٩٠٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٣٨، ح ٥١٨.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٦٤، المسألة ١٤٣.

٣. الاستبصار، ج ٤، ص ١٣٨، ذيل الحديث ٥١٩.

٤. الفقيه، ج ٤، ص ٢١٠، ح ٥٤٩٢.

٥. المقنعة، ص ٦٧٧.

٦. النهاية، ص ٦١٧؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣١ ـ ٢٣٢، ذيل الحديث ٩٠٧؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٣٨ ـ ١٣٩، ذيل الحديث ٥١٩.

٧. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠١؛ المختصر النافع، ص ٢٦٥؛ وقال بعدم الانتقال إلى ورثة الموصى له في نكت النهاية، ج ٣، ص ١٦٦ ـ ١٦٧.

٨. الكافي، ج ٧، ص ١٣، باب من أوصي بوصيّة فمات الموصى له قبل الموصي أو ...، ح ١؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢١٠، ح ٥٤٩٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣٠، ح ٩٠٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٣٧ ـ ١٣٨، ح ٥١٥.

٩. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٦٥، المسألة ١٤٣.

الركنُ الرابعُ في الموصى به

وفيه فصلان:

الفصلُ الأوّلُ في المعيّن

يُشترطُ فيه الملكُ وإنْ كان كلبَ صيدٍ أو ماشيةٍ أو حائطٍ أو زرعٍ، لاكلبَ هِراشٍ، ولا خنزيراً، ولا خمراً.

وخروجُه مِنْ ثُلثِ التَركةِ أو إجازةِ الوَرَثةِ، فإنْ قصر الثُلْثُ بطل الزائدُ مع عدمِ الإجازةِ، سَواءٌ كان عيناً أو منفعةً، ولو أجاز البعضُ أُخرِجَ بنسبةِ نصيبه مِنَ الأصلِ، وبنسبةِ نصيبِ غيرِ المُجيزِ مِنَ الثلثِ.

ويُعتبرُ الثلثُ وقتَ الوفاةِ، فلو أوصى بالنصفِ وأجازَ أحدُ الوارثَينِ أُخذ مِنْ نصيبِهِ النصفُ ومِنْ نصيبِ الآخرِ الثُلْثُ.

● وتُمضى الإجازةُ بعدَ الوفاةِ وقبلَها على رأيٍ، وليس ابتداءَ عطيّةٍ.

قوله ﷺ: «وتُمضَى الإجازَةُ بعدَ الوفاةِ وقبلَها على رأيٍ»

أقول: لاخلافَ في أنّ الإجازةَ معتبرةٌ بعدَ الوفاةِ، وأمّا قَبلَها فلِلأصحابِ فيها قولان:

أحَدُهما: اعتبارُها، وهو اختيارُ ابن الجُنَيْدِ [1] والشيخِ [2] وابن حمزةَ [3]، ورواه الصدوقُ في الصحيح [4]، وهو ظاهر اختيارِ الشيخ نجمِ الدينِ [5]، وهو فتوى المختلَفِ [6]، وأطلق

---

١. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٠٤، المسألة ٨٥.

٢. النهاية، ص ٦٠٨ ـ ٦٠٩؛ المبسوط، ج ٤، ص ١٧؛ الخلاف، ج ٤، ص ١٤٤، المسألة ١٤.

٣. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٠٤، المسألة ٨٥؛ ولكن قال في الوسيلة، ص ٣٧٥: فإن أوصى بأكثر من الثلث ورضى الورثة بعد الموت بها نفذ، وإن رضوا به في حال حياته كان لهم الرجوع بعد وفاته، وقيل: لم يكن لهم ذلك.

٤. الفقيه، ج ٤، ص ٢٠٠، ح ٥٤٦٤.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩١؛ المختصر النافع، ص ٢٦٧.

٦. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٠٤، المسألة ٨٥.

ولو أوصى بثلثِ عينٍ فَاسْتُحقَّ ثُلثاها انصرفتِ الوصيّةُ إلى المملوكِ.

ولو أوصى بما يَقع على المحلَّلِ والمحرَّمِ انْصرفَ إلى المحلَّلِ، ولو لم يكنْ

ابنُ أبي عقيل اعتبارَها [١]؛ لعموم قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [٢]؛ ولأنّ الردَّ حقٌّ لِلْوَرَثَةِ فَرِضاهم بالوصيّةِ مُسقِطٌ لَه، كرِضى المُشْتَري بالعيبِ، ولأنّ استحقاقَ المالِ دائرٌ بين المُوصِي والوارثِ فإذا رَضِيَ كلٌّ منهما لَزِمَ؛ لأنّه حقٌّ لهما، ولما رواه منصورُ بنُ حازمٍ في الصحيحِ [٣]، ومحمّدُ بنُ مسلمٍ في الحَسَنِ، كلاهما عن الصادق ﷺ في رجلٍ أوْصى بِوَصيّةٍ وَوَرَثَتُهُ شهودٌ فأجازوا ذلك فَلَمّا ماتَ الرجلُ نقضوا الوصيّةَ، هل لهم أنْ يَرُدُّوا مَا أقرّوا به؟ قال: «ليس لهم ذلك والوصيّة جائزةٌ عليهم إذا أقرّوا بها في حياتِه» [٤]. وادّعى الشيخُ على ذلك إجماعًنا [٥].

والثاني: عدمُ اعتبارِها، وهو مذهبُ شيخِنا أبي عبدالله المفيدِ [٦] وسلّارَ [٧] وابنِ إدريسَ؛ لأنّها إجازةٌ فيما لا يستحقّونَه، فَجَرتْ إجازَتُهم مَجْرى ردِّهم [٨].

وأجابَ المصنّفُ:

بِمنعِ التوقُّفِ على الاستحقاقِ بلْ تكفي مشارَكتُه. والفرقُ بين الردِّ والإجازةِ إذا وقعا حالَ الحياةِ أنّ الردَّ تَعقبُهُ دوامُ الوصيّةِ، فهو كتجدُّدِها فيكون دافعاً له، بخلاف الإجازة فإنّ الدوامَ يُؤكِّدُها [٩].

---

١. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٠٤، المسألة ٨٥.

٢. النساء (٤): ١١.

٣. الكافي، ج ٧، ص ١٢، باب بدون العنوان من كتاب الوصايا، ذيل الحديث ١؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٠٠، ذيل الحديث ٥٤٦٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٩٣، ح ٧٧٦؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢٢، ح ٤٦٥.

٤. الكافي، ج ٧، ص ١٢، باب بدون العنوان من كتاب الوصايا، ح ١؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٠٠، ح ٥٤٦٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٩٣، ح ٧٧٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢٢، ح ٤٦٤.

٥. الخلاف، ج ٤، ص ١٤٤، المسألة ١٤.

٦. المقنعة، ص ٦٧٠.

٧. المراسم، ص ٢٠٣.

٨. السرائر، ج ٣، ص ١٨٥ و ١٩٤.

٩. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٠٥، المسألة ٨٥.

إلّا المحرَّم بطلتْ إنْ لم يُمكن إزالةُ المحرَّمِ.

ولو ضاق الثلثُ عَنِ الواجبِ وغيرِه ولا إجازةَ بُدِئَ بالواجبِ مِنَ الأصلِ والباقي مِنَ الثُلْثِ مرتّباً، ولو كانَ الكلُّ غيرَ واجبٍ بُدِئَ بالأوّلِ فالأوّل.

ولو أوصى بعتقِ عبدٍ وخرج مِنَ الثُلثِ أُجبِر الوارثُ على عتقِه، فإنِ امْتَنع أعتقَه الحاكمُ، ويحكم بحرّيّته حينَ العتقِ لا الوفاةِ، فالنَماءُ قبله للوَرَثَةِ.

ولو أوصى بعتقِ رقبةٍ في كفّارةٍ أجزأ أقلُّ رقبةٍ مُجزِئةٍ، فإن أوصى بقيمةٍ زائدةٍ أُخرجت الزيادةُ مِنَ الثُلثِ، ولو أوصى بالمخيَّرةِ اقتُصر على أقلِّ المراتب، ولو أوصى بالعُليا أُخرجتِ الدُنْيا مِنَ الأصلِ والزيادةُ مِن الثُلثِ، ولو لم تَفِ الدُنيا وما يحتَمِلُه الثُلثُ بالعُليا أُخرجتِ الدنيا وبطلتِ الزيادةُ.

ولو أوصى بالمضارَبةِ بالتَرِكَةِ على أنّ الربحَ نصفان بينَ العاملِ والوارثِ صحّ.

ولو أوصى بثلثِهِ لواحدٍ وبثُلثِهِ لآخَرَ كانَ رجوعاً و عُمل بالأخيرِ، ولواشْتُبِهَ أُقرِع، ولو نَصَّ على عدمِ الرجوعِ بُدِئَ بالأوّلِ. وكذا يُبدأُ بالأوّلِ لو أوصى بثُلثِه لزيدٍ وبِرُبْعه لآخَرَ وبسُدسِه لثالثٍ.

● ولو أوصى بعتقِ مماليكِه دَخَل المختصُّ والمشتركُ، ولا يُقوَّمُ على رأيٍ.

ولو أوصى بأزيدَ مِنَ الثُلثِ لاثنين فلهما ما يحتمله الثلثُ، ولو رَتَّبَ بُدِئَ بالأوّلِ ودخل النقصُ على الأخيرِ.

قوله ﴿ره﴾: «ولو أوصى بعتقِ مماليكه دخلَ المختصُّ والمشتركُ، ولا يُقوَّمُ على رأيٍ».

أقولُ: هذا مَذهبُ الشيخِ في المبسوطِ [1]، وابن إدريسَ [2] ونجمِ الدينِ [3]؛ لأنَّ مِلْكَه زالَ بالموتِ، إلّا القدرَ الذي استثناهُ فلا تَقويمَ حينئذٍ، وهو مختارُ القواعد [4].

---

١. المبسوط، ج ٦، ص ٥٧.

٢. السرائر، ج ٣، ص ٢١٤.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٣.

٤. قواعد الأحكام، ج ١، ص ٣٠٢.

ولو أوصى بالنصفِ فأجازَ الوارثُ، ثمَّ ادَّعى ظَنَّ القِلَّةِ أُحلِفوا على الزائدِ؛ أمّا لوْ أوصى بمعيَّنٍ ثمَّ ادَّعوا خروجَه مِنَ الثُلث لم يُقبل.

ولو أوصى بالثلثِ مشاعاً فللموصى له مِن كلِّ شيءٍ ثُلثُهُ، ولو أوصى بمعيَّنٍ يحتمله الثلثُ مَلَكَهُ الموصى له بالموتِ والقبولِ.

ولو كان بعضُ المال غائباً وقَصَر الموجودُ عَنِ الثلثِ سُلِّم إليه مِنَ العين ثُلثُ الموجود، وكلَّما حصل مِنَ الغائب شيءٌ أُخذ منها بنسبةِ ثُلثه.

ويجبُ العمل بمقتضى الوصيّةِ إذا لم يُنافِ المشروعَ، وتُخْرَجُ الوصيَّةُ مِنْ جميع ما خُلِّفَ، وتُحْتَسب دِيَتُه وإن كانت صُلحاً عَنِ العَمْد وأرشُ الجِراح مِنَ التَرِكَةِ.

الفصلُ الثاني في المبهمةِ

إذا أوصى بجزءٍ مِنْ مالِه فالسُبْعُ، وبالسهمِ الثُمْنُ، وبالشيءِ السُدسُ، وغيرِ ذلك يرجع إلى الوارثِ، مثل الحظِّ والقِسْطِ والنَصيبِ والقَليلِ واليسيرِ والحقيرِ والجليلِ والجزيلِ والكثيرِ.

والقولُ قولُ الوارثِ لَوِ ادَّعى الموصى له علمَه بقصدِ الموصي.

وذهب الشيخُ في «النهاية»[1] وابنُ البرّاج[2] والمصنِّفُ في «المختلف» إلى التقويم:

لأنّه أوجد سببَ السِرايةِ في العتق؛ لاستنادِ العتق في الحقيقة إليه؛ ولهذا له وَلاؤهُ فيُوجَدُ مُسبَّبُه، ويؤيّده ما رواه أحمدُ بنُ زيادٍ عن أبي الحسن ﷺ قال: سألته عن الرجل تَحضُرُهُ الوفاةُ وله المماليكُ لِخاصَّةِ نفسِه، وله مماليكُ في شركةِ رجلٍ آخر فيوصي في وصيّته: «مماليكي أحرارٌ» ما حالُ مماليكِهِ الذينَ في الشركةِ؟ فكتب ﷺ: «يُقوَّمونَ عليه إنْ كان مالُه يحتملُ، فهم أحرارٌ»[3].

---

١. النهاية، ص ٦١٦_٦١٧.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤٤، المسألة ١٢٠.

٣. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤٤، المسألة ١٢٠؛ والرواية في الكافي، ج ٧، ص ٢٠، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ، ح ١٧؛ والفقيه، ج ٤، ص ٢١٣، ح ٥٥٠٠؛ وتهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٢٢، ح ٨٧٢.

● ولو أوصى بوجوهٍ فَنَسِيَ الوصيُّ وجهاً جُعِل في البِرِّ على رأي.

قوله ﷺ : «ولو أوصى بوجوهٍ فَنَسِيَ الوصيُّ وجهاً جُعِلَ في البِرِّ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ الصدوقِ [١] والمفيدِ [٢] والشيخ [٣] في أكثر كتبه، وابن البرّاج [٤] ونجمِ الدينِ [٥]؛ للنهي عن التبديلِ [٦]، وجَعْلُه ميراثاً تبديلٌ، ولخروجه بالوصيّة عن مِلْكِ الوَرَثَةِ وقد خَفِيَ مالِكُه فيصرف في وجوه البِرِّ، كغيره من الأموال المجهولة المستَحِقِّ.

ولما رواهُ محمّدُ بن ريّانٍ [٧] قال: كتبتُ إليه يعني عليَّ بن محمّدٍ ﷺ أساله عن إنسان يُوصِي بوصيّة فلم يَحْفَظِ الوصيُّ إلّا باباً واحداً منها كيف يَصْنَعُ بالباقي ؟ فوقّع ﷺ : «الأبوابُ الباقيةُ اجعلْها في البِرّ» [٨].

وذهب الشيخُ في جواب المسائلِ الحائريّاتِ إلى أنّه يعودُ ميراثاً [٩]، وهو ظاهرُ اختيارِ ابن إدريسَ [١٠]؛ لامتناعِ القيامِ بالوصيّةِ؛ لعدمِ التعيينِ، ولم يُذْكر غيرُها، فيكون منفيّاً بالأصل، فيبقى على ملك الوَرَثَةِ.

وأُجيبَ بِأنّ عدمَ التعيينِ لا أثرَ له في بطلان مُطلَقِ الوصيّةِ [١١].

١. المقنع، ص ٤٨٦؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢١٨ ـ ٢١٩، ح ٥٥١٦.

٢. المقنعة، ص ٦٧٤.

٣. هذا مذهبه في النهاية، ص ٦١٣؛ ولم نجده في الخلاف و المبسوط؛ ونسب هذا القول إلى الشيخ في النهاية الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٨٦.

٤. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة ج ٦، ص ٣٣٨، المسألة ١١٥؛ وولده فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٣٤؛ ولكن قال في المهذّب، ج ٢، ص ١١٨: وإذا نسي الوصيّ جميع أبواب الوصيّة... بطلت الوصيّة.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٤؛ المختصر النافع، ص ٢٦٨.

٦. البقرة (٢): ١٨١.

٧. في جميع النسخ: «محمّد بن زياد» وما أثبتناه ـ وهو الصحيح ـ من المصادر.

٨. الكافي، ج ٧، ص ٥٨، باب النوادر من كتاب الوصايا، ح ٧؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢١٨ ـ ٢١٩، ح ٥٥١٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٤، ح ٨٤٤.

٩. المسائل الحائريّات، ضمن الرسائل العشر، ص ٢٩٧٣.

١٠. السرائر، ج ٣، ص ٢٠٨ ـ ٢٠٩.

١١. المجيب العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٣٩، المسألة ١١٥: والجواب: المنع من الملازمة؛ فإنّ التعيين وإنْ بطل لكن مطلق الإخراج عن ملك الوارث ثابت.

وتدخل حِلْيَةُ السَيفِ فيه، قيل: والجَفْنُ.

● ولو أوصى بصُندوقٍ أو سفينةٍ أو جِرابٍ دخل المظروفُ على رأي.

قوله: «ولو أوصى بصُنْدُوقٍ أو سفينةٍ أو جِرابٍ دخل المظروفُ على رأي».

أقول: هذا مذهبُ الصدوق [١] وابن الجُنَيد [٢] والشيخين [٣] وأبي الصلاحِ [٤] وابنِ البرّاجِ [٥] ونجمِ الدين [٦] وإن اختلفت عباراتُهم؛ فإنّ الشيخَ قيّد الموصِي بالعدالة وعدمِ التُهمةِ، وأطلق المفيدُ وابنُ إدريسَ [٧].

والظاهرُ أنّ مُرادَ الشيخِ الإقرارُ؛ و تَعويلُه على روايةِ عُقْبَةَ بنِ خالدٍ عن الصادق قال: سألتُه عن رجلٍ قال: هذه السفينةُ لفلانٍ، ولم يُسمِّ ما فيها، وفيها طعامٌ أيُعطاها الرجلَ وما فيها؟ قال: «هي للذي أوصى له بها، إلّا أنْ يكون صاحبُها متَّهماً، وليس للوَرَثَةِ شيءٌ» [٨].

والمفيدُ قيّد الصُنْدُوقَ بالمُقفَّلِ، والجِرابَ بالمشدودِ، والوِعاءَ بالمَخْتُوم؛ ونحوه قال أبو الصلاح. والصدوق والشيخ أطلقا؛ و تعويلُهم جميعاً على ما رواه أبو جميلةَ عن الرضا قال: سألتُه عن رجلٍ أوصى لرجلٍ بسيفٍ و كان في جَفْنٍ و عليه حِلْيَةٌ فقال له الورثة: إنّما لك النَصْلُ وليس لك المالُ، قال، فقال: «لا، بَلِ السيفُ بما فيه له»، قال، قلت: رجلٌ أوصى لرجلٍ بصُنْدُوقٍ وفيه مالٌ، فقال الورثة: إنّما لك الصُنْدُوقُ وليس لك المالُ،

---

١. المقنع، ص ٤٣٨؛ الهداية، ص ٣٢١.

٢. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤١، المسألة ١١٦.

٣. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٧٤ ـ ٦٧٥؛ والشيخ في النهاية، ص ٦١٣ ـ ٦١٤.

٤. الكافي في الفقه، ص ٣٦٥.

٥. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤١ ـ ٣٤٢، المسألة ١١٦؛ وولده فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٣٥. ولم نجده في المهذّب.

٦. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٤؛ المختصر النافع، ص ٢٦٨.

٧. السرائر، ج ٣، ص ٢٠٩: وإذا أوصى بصندوق لغيره ـ وكان فيه مال ـ كان الصندوق بما فيه للذي أوصى له به... سواء كان الموصي عدلاً أو فاسقاً متّهماً على الورثة أو غير متّهم.

٨. الكافي، ج ٧، ص ٤٤، باب بدون العنوان من كتاب الوصايا، ح ٢؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢١٧، ح ٥٥١٣؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٢، ح ٨٣٨، وفي الفقيه: «... إلّا أنْ يكون صاحبها استثنى ممّا فيها وليس للورثة شيء».

● ولو أوصى بإخراجِ وارثٍ بطل على رأي، وصحّ مِنَ الثُلثِ على رأي. ولو قال: أعطوه أحدَ هذين تخيَّر الوارثُ.

قال: فقال أبو الحسن ﷺ: «الصُنْدُوقُ بما فيه له»[١].

والمصنّف عمّم الحكمَ في الظرفِ والمظروفِ[٢]. وليس في الرواياتِ دَلالةٌ عليه صريحاً، إلّا أنْ يُلغى محلُّ السؤال. ونقل الشيخُ نجمُ الدينِ في الشرائع قولاً آخَرَ واستبعده[٣]؛ والظاهرُ أنّهُ المنعُ مِنَ الدخولِ. والمصنِّفُ في المختلف قال:

إنْ وُجدتْ قرينةٌ حاليّةٌ أو مقاليّةٌ تقتضي دخولَ المظروفِ دَخَلَ، وإلّا فلا كما لو أوصى للمرتفع بالكيس أو لموكّله بالصُنْدُوق.

وحَمَل الرواياتِ على ذلك[٤].

قوله ﷺ: «ولو أوصى بإخراجِ وارثٍ بطل على رأي، وصحَّ من الثلث على رأي».

أقول: البطلانُ مَذْهب الشيخ[٥] وابـن البـرّاج[٦] وابـن إدريسَ[٧] و نـجمِ الديـنِ[٨]؛ لأنّـها وصيّةٌ بغيرِ المعروفِ؛ إذْ هي مخالَفةٌ لمقتضى الكـتاب؛ لقـوله تـعالى: ﴿وَأُوْلُـواْ ٱلْأَرْحَـامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾[٩]. وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَـٰدِكُمْ﴾[١٠] ولما رواه سعدُ بنُ سعدٍ قال: سألتُه يعني الرضا ﷺ عن رجل كان له ابنٌ يدَّعيه فنفاه ثمّ أخرجه من المـيراثِ

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٤، باب بدون العنوان من كتاب الوصـايا، ح ١؛ الفـقيه، ج ٤، ص ٢١٧، ح ٥٥١٢؛ تـهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١١، ح ٨٣٧.

٢. عمّم المصنّف الحكم في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٦١، الرقم ٤٧٩٦، ولم يختر شيئاً فـي قـواعـد الأحكام، ج ٢، ص ٤٧١؛ وتذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٩٧ (الطبعة الحجريّة).

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٤.

٤. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٤٠ ـ ٣٤١، المسألة ١١٦.

٥. النهاية، ص ٦١١.

٦. المهذّب، ج ٢، ص ١٠٧.

٧. السرائر، ج ٣، ص ٢٠٠.

٨. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٤؛ المختصر النافع، ص ٢٦٨.

٩. الأنفال (٨): ٧٥.

١٠. النساء (٤): ١١.

والوصيّةُ بالخُمسِ أفضلُ مِنَ الرُبعِ، وبالربعِ أفضلُ منَ الثلثِ.

وأنَا وصيُّه فكيف أصنعُ؟ فقال ؈: «ألزِمه الولَدَ لإقراره بالمشهد، لا يدفعه الوصيُّ عن شيءٍ قد علمه» [1].

ويُفْهم من كلام الصدوق الجوازُ مقيّداً بـ«الحدثِ» المذكورِ في الرواية [2]، وهي ما رواه محمّدُ بنُ يحيى عن وصيِّ عليِّ بنِ السّري عن الكاظم ؈ حيث سأله أنّ عليَّ بنَ السّري أوصى إليَّ بإخراجِ وَلَدِهِ جعفرٍ من الميراثِ وكان قد وقعَ على أمِّ ولدٍ لأبيه، فقال ؈: «أخرِجْه فإنْ كنتَ صادقاً فسيُصيبُه خَبَلٌ» [3]. قال الوصيّ: فرجعتُ، فَقَدَّمني ابنُه إلى أبي يوسفَ القاضي، فَأمَرَني بالدفع إليه فقلتُ: أُريد أن أُكَلِّمَك، قال فادنُ، فَدَنَوْتُ بحيث يَخْفى كلامي، فقلتُ له: هذا وقع على أمِّ ولدٍ لأبيه، فَأمَرَني أبوه وأوصى إليَّ أنْ أخرجَهُ من الميراثِ ولا أُورِّثَهُ شيئاً، فَأتَيتُ موسى بنَ جعفرٍ ؈ بالمدينةِ وأخبرتُه وسألتُه فَأمَرَني أنْ أُخرِجَهُ من الميراث ولا أُورِّثَه شيئاً، قال: اللهِ إنّ أبا الحسن أمرَكَ؟ فقلتُ: نَعَم، فاستحلفَني ثلاثاً ثمّ قال: أنفِذْ [4] ما أمَرَكَ، فالقولُ قولُه، قال الوصيّ: فأصابَه خَبَلٌ بعد ذلك [5].

أقول: وهذا هو المعروفُ بجُعَيْفَرانِ المُوَسْوَسِ وهو معدود في عقلاء المجانين [6].

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٦٤، باب النوادر من كتاب الوصايا، ح ٢٦؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٢٠، ح ٥٥١٩؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦، ح ٩١٨؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٣٩، ح ٥٢٠.

٢. الفقيه، ج ٤، ص ٢١٩، ح ٥٥١٨؛ حيث قال في ذيل الرواية الآتية: ومتى أوصى الرجل بإخراج ابنه من الميراث ولم يحدث هذا الحدث لم يجز للوصيّ إنفاذ وصيّته في ذلك وتصديق ذلك.

٣. الخَبَل، بالتحريك: الجنّ. يقال به خَبَلٌ أي شيء من أهل الأرض. وقد خَبَلَه وخَبَّلَه واختَبَلَه، إذا أفسد عقله أو عضوه. الصحاح، ج ٣، ص ١٦٨٢، «خبل».

٤. في «ن، س، م، ض، أ»: «لم أتعدّ» مكان «أنفذ» وما أثبتناه من «ح» وفي جميع المصادر.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٦١، باب النوادر من كتاب الوصايا، ح ١٥؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢١٩، ح ٥٥١٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣٥، ح ٩١٧؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٣٩، ح ٥٢١.

٦. هو جُعَيفَران بن عليّ بن أصفر بن السري بن عبدالرحمن الأنباري من أهل سامرّا، وتوفّي سنة ٢٠٨هـ. انظر ترجمته في عقلاء المجانين، ص ١٠١.

وتصحُّ الوصيّةُ بالحَملِ إنْ جاء لدون ستّة أشهُرٍ أوِ العشرة مع الخُلُوِّ منْ زوجٍ أو مولى لا أزيدَ، وبما تحملُ الأمةُ والدابّةُ والشجرةُ.

ولو قال: إنْ كانَ في بطنِها ذكَرٌ فدِرهمان وأُنثى فدرهمٌ صحَّ، فإنْ خرجا فثلاثةٌ، ولو أتى بـ«الذي» وخرجا بطلتْ.

والرأي الآخر هو صحّةُ إخراجِهِ من الثلثِ خاصّةً. احتمله الشيخُ نجمُ الدين [١]، واختارَه المصنِّفُ في المختلفِ [٢] و غيرِه [٣]؛ إذْ إخراجُه من التَرِكَةِ مستلزم لتخصيصِ باقي الورثةِ بها، فكأنّهُ أوصى لهم بها فتُمضى من الثلث، بمعنى حِرمانِ الموصى بإخراجِه من الثلثِ، ومشاركتِهِ في الباقي إنْ كان مع مساوٍ، واختصاصِه إنْ لم يكن. ويَلزم منه أنّه لو أجازَ الوصيّةَ بالإخراجِ كان ماضياً في الجميعِ لمن عداه.

ومنَعَ بعضُهم الاستلزامَ؛ لأنّ إخراجَهُ أعمُّ مِنَ الوصيّةِ لهم [٤]، ولا يستلزمُ العامُّ الخاصَّ (إذا كان معه) [٥].

والشيخُ قَصَرَ الحكمَ بالرواية على القضيّة [٦]؛ لِجوازِ علْمه ﷺ بما يوجبُ ذلك.

واعلم أنّ الروايةَ وردتْ في إخراجِ الولدِ؛ فلو فُرِضَ العملُ بها فيه لم يتعدَّ إلى غيرِه؛ لِمخالفةِ الأصلِ. وأمّا الأصحابُ ففرضوا المسألةَ في الوارثِ [٧]، ولو كان الفرضُ في الولدِ كان حسناً تبعاً لصورةِ الروايةِ.

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٩٥.

٢. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٣٥، المسألة ١١١.

٣. اختار العلّامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٧١؛ وتحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٦١، الرقم ٤٧٩٧؛ وتبصرة المتعلّمين، ص ١٣١، عدم الصحّة، ولم نقف على هذا الفرع في سائر كتبه الفقهيّة.

٤. لعلّ المانع هو فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٣٦.

٥. ما بين المعقوفين أثبتناه من «ن، م»، ولا يوجد في سائر النسخ.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٣٥، ذيل الحديث ٩١٧؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٤٠، ذيل الحديث ٥٢١.

٧. الذين فرضوا المسألة في الوارث هم الشيخ في النهاية، ص ٦١١؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ٢٠٠؛ والعلّامة في إرشاد الأذهان. وغير هؤلاء الأعاظم فرضوا المسألة في الولد؛ وللمزيد راجع مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٥٤٢ ـ ٥٤٣.

● ولو أوصى بالمنفعةِ مدّةً أو على التأبيدِ قُوِّمت المنفعةُ، فإنْ خرجَتْ مِنَ الثُلث، وإلّا فللموصى له بقدرِهِ.

وطريقُ التقويمِ في المعيَّنةِ أنْ تُقوَّمَ العينُ مسلوبةَ المنفعةِ تلك المدّةَ، ثمّ تُقوَّمُ مع المنفعةِ تلك المدَّة فتعلم القيمةُ.

وفي المؤبَّدة قيل: تُقوّم العينُ والمنفعةُ معاً ويُخرجانِ مِنَ الثُلثِ، لأنّ عبداً لا منفعةَ له لا قيمة له.

قوله ﷺ: «ولو أوصى بالمنفعةِ مدّةً أو على التأبيد ـ إلى قوله ـ وفي المؤبَّدة، قيل: تُقوَّمُ العينُ والمنفعةُ معاً ويُخْرَجان من الثُلثِ؛ لأنّ عبداً لا مَنفعةَ له لاقيمة له. وقيل: تُقوَّمُ الرقبةُ على الورثةِ، والمنفعةُ على المُوصى له. فإذا قيل: قيمةُ العبدِ بمنفعتِهِ مائةٌ، وقيل: قيمتُهُ ولا منفعةَ فيه عشرةٌ، فيُعلم أنّ قيمةَ المنفعة تسعون».

أقول: حكى الشيخُ في المبسوط في هذه المسألةِ ثلاثةَ أقوال:

أحدها: تقويمُ العَينِ والمنفعة معاً على المُوصى له ويُخْرَجان من الثُلث؛ لأنّ القصدَ من العينِ إنّما هو المَنفعةُ، فإذا استحقَّها الغيرُ على التأبيدِ كان بمَنزلة إتلافِ الرقبةِ فتَنتفي قيمتُها.

ولِقائلٍ أنْ يقولَ إذا كانَ العبدُ بغير منفعةٍ لاقيمةَ له، فالقيمةُ إنّما هي لِلْمنفعةِ فلاحاجةَ إلى تقويمِ العَينِ على الورثةِ ولا على المُوصى له، وهذا هو القولُ الثاني.

وله أنْ يقولَ بمنعِ خُروجهِ عن التقويم؛ إذْ يصحّ بَيعُه وعِتقُه حتّى في الكَفّارةِ على احتمالٍ، وما هذهِ حقيقتُه يستحيلُ خلوُّهُ عن القيمةِ، فحينئذٍ تُحْسبُ الرقبةُ على الورثةِ والمنفعةُ على المُوصى له؛ لانتقالِ العَينِ إلى الوارثِ والمنفعةِ إلى المُوصى له، و هذا هو القولُ الثالثُ. ولعلّه الأقربُ.

والحيلولةُ هنا ليستْ شاملةً لجميعِ المنافعِ؛ لاستثناءِ العتقِ ـ كما ذكرناه ـ سلَّمنا لكن الحيلولةَ لا توجبُ الضمانَ، وإنّما تحقّقَ الضَمانُ بها في الغاصب بسبب العُدوان، وهو غيرُ متحقّقٍ هنا.

والشيخُ في المبسوط اختارَ الثاني [1].

---

١. المبسوط، ج ٤، ص ١٤.

وقيل: تُقوّم الرقبةُ على الوَرَثَةِ، والمنفعةُ على الموصى له، فإذا قيل: قيمةُ العبدِ بمنفعته مائةٌ، وقيل: قيمته ولا منفعةَ فيه عشرةٌ، فيُعلم أنّ قيمةَ المنفعة تسعون.

وليس لأحدِهما التزويجُ.

وللموصى له إجارةُ العينِ، فإنْ أتلفها مُتْلِفٌ اشترى بقيمتِها مثله.

ونفقةُ الموصى بخدمتِه على الوارثِ، ويتَصرَّفُ الموصى له في الخدمةِ، والورثةُ في الرقبة ببيعٍ وغيره، ولا يبطل حقُّ الموصى له بالبيعِ.

● ولو أوصى بلفظٍ مشتَركٍ فللورثةِ الخيارُ إنْ كان المعنيانِ له أو فُقِدا عنه، ولو كانَ له أحدُهما تَعيّن إنْ أضاف، ويُحمل الظاهرُ على ظاهِرِه إلّا أن يُعيّنَ غيرَه.

والمتواطئ يتخيّر الوارثُ في التعيين بأحد جزئيّاته، ولهم إعطاءُ المعيبِ.

قوله ﴿: «ولو أوصى بلفظٍ مشتركٍ فَلِلورثةِ الخيارُ إنْ كان المعنيانِ له أو فُقِدا عنه، ولو كان له أحدُهما تعيّن إنْ أضاف، ويُحملُ الظاهرُ على ظاهِرِه إلّا أنْ يُعيّنَ غيرَه. والمتواطئ يتخيّر الوارثُ في التعيين بأحد جزئيّاته».

أقول: لافرقَ بين الوصيّة باللفظِ المشتركِ أو بالمتواطئ في الحكم، وهو تخيُّرُ الوارث في إعطاء كلِّ ما صَدَقَ عليه اللفظُ. نعم بينهما فرقٌ في المعنى، فإنّ المشتركَ هو اللفظُ الموضوعُ لحقيقتين فما زاد وضعاً أوّلاً من حيث هو كذلك، كالقَوْس[1] والعُوْد[2]. والمتواطئ هو اللفظُ الموضوعُ لمعنى يقعُ على كثيرِين، كالعبد والجارية. وهنا لا إشكالَ في تخيُّرِ الوارثِ؛ إذِ الوصيّةُ بالمتواطئ وصيّةٌ بالماهيّةِ الصادقةِ على كلٍّ منهما، فالمقصود تلك الماهيّةُ، والخصوصيّةُ تابعةٌ.

---

١. قال العلّامة في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٨٤ (الطبعة الحجريّة): اسم القوس يقع على العربيّة، وهي التي يرمى بها النبل وهي السهام العربيّة، وعلى الفارسيّة وهي التي يرمى بها النُشّاب، وعلى القسي التي لها مجرى ينفذ فيه السهام الصغار وتسمّى الحسبان، وعلى الجلاهق وهو ما يرمى به البندق، وعلى قوس الندف؛ والسابق إلى الفهم من لفظ «القوس» أحد الثلاثة الأُوَل. فإذا قال: أعطوه قوساً حمل على أحدها دون قوس الندف والجلاهق.

٢. قال العلّامة في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٨٤ (الطبعة الحجريّة): اسم العود يقع على الذي يضرب به، وهو عود اللهو، وعلى واحد الأخشاب، منها التي تستعمل في البناء، والذي يصلح للقِسي والعِصي.

والمتواطئ يتخيّرُ الوارثُ في التعيين بأحد جزئيّاته، ولهم إعطاءُ المعيبِ.

ولو قال: أعطوه رأساً منْ مماليكي فماتوا إلّا واحداً تعيّن، ولو ماتوا بـطلتْ، ولا تبطل بالقتلِ.

ولو أوصى بعتق عبيدِهِ ولا شيءَ غيرُهم ولم تُجزِ الورثةُ عَتَقَ ثُلثُهم بالقُرعةِ، ولو رتَّبهم بُدِئ بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفَى الثُلثَ.

ولو أوصى بعتقِ عددٍ مخصوصٍ أُقرع استحباباً، وللورثةِ أن يُعيِّنوا.

ولو أوصى بعتقِ مؤمنةٍ وجب، ولو بانتْ بالخلافِ أجزأتْ، ولو تعذَّر أُعْتِقَ مَن لايُعرَف بنَصَبٍ.

ولو أوصى بعتقِ رقبةٍ بثمنٍ معيَّن فَوُجِدَ بأكثرَ لم يجب وتُـوقِّعَ الوجـودُ، ولو وجد بأقلَّ عَتَقَ وأُعطيَ الفاضلُ.

ولو أوصى بمثلِ نصيبِ أحدِ الورثةِ أُعطي مثلَ نصيبِ الأقلِّ.

وأمّا في المشترك فيُحتمل ذلك أيضاً؛ لصدق الاسم، وتُحتَمَلُ القرعةُ؛ لِتقدُّمِ الوصيّةِ على حقِّ الوارثِ فلا يُقبلُ تعيينُه؛ لتفاوتِ الغرضِ فيه.

ويُضعَّفُ بأنّ القرعةَ بيانُ ما هو معيَّنٌ في نفس الأمرِ وليس هاهُنا.

وقوله: «ولو كان له أحدُهما تعيَّن إنْ أضافَ» أي إنْ قال: قَـوْسي، وليس له إلّا واحـدةٌ كقَوْس النُشّابِ [1] مثلا تعيّنت للعطيّةِ؛ لصدق اللفظِ عليها، وإضافتِها إلى نَفْسه، فيتخصَّصُ.

ويُحمل الظاهرُ على ظاهرِه كالحقيقةِ، وهي استعمالُ اللفظِ فيما وضَعَه الواضعُ له فـي اصطلاح المتخاطبين، كما إذا قـال: أعطوه دابّةً، فإنّه يُعطى الفـرسَ، إلّا أنْ يكـونَ عرفُ قومٍ مخالفاً لذلك، أو: أسداً، فإنّه يُعطى السَبُعَ، إلّا أنْ يُريدَ بالدابّةِ الحمارَ مثلاً وبالأسدِ عبداً شجاعاً، ويُعلمَ ذلك منه بقرينةٍ حاليّةٍ أو مقاليّةٍ، فتُتّبعُ إرادتُه.

وقال ابنُ البرّاج: إذا أوصى له بدابّةٍ لا يُعطى من الإبلِ والبقرِ بلاخلافٍ؛ لعدم تَسـميتِهِ دابّةً عرفاً. [2] وهو نزاعٌ لفظيٌ.

---

١. النُشّاب: السهام، الواحد نُشّابَةٌ. الصحاح، ج ١، ص ٢٢٤، «نشب».

٢. المهذّب، ج ٢، ص ١١١.

المطلبُ الثاني في الأوصياء

● يُشترطُ في الوصيِّ العقلُ والإسلامُ والعدالةُ على رأيٍ ـ ولو أوصى إلى عدلٍ ففسق بعدَ موتِه استبدل به الحاكمُ ـ والحرّيّةُ إلّا أنْ يأذنَ المولى، والبلوغُ إلّا أنْ يَضُمَّ إلى الصبيِّ بالغاً.

قوله ﷺ: «يُشترطُ في الوصيّ العقلُ والإسلامُ والعَدالةُ على رأي».

أقول: لا خِلافَ في اعتبارِ العقلِ والإسلامِ في الوصيّ المنفردِ؛ وفي المنضمِّ إلى الكامل احتمالٌ؛ لجوازِ زَوالِ المانعِ كالصبيّ، والأقوى المنعُ أيضاً.

وأمّا العَدالةُ فَقَدِ اعْتَبرها المصنّفُ هنا وفي القواعدِ[1]، وتردّد في التحريرِ[2]. واعتبارُها اختيار الشيخين[3] وأتباعِهما[4]؛ لأنّ الوصيّةَ أمانةٌ، ولا شيءَ من الفاسق بأهلٍ للأمانة.

وذهب نجمُ الدينِ في النافعِ[5] والمصنّفُ في المختلفِ إلى عدمِ الاعتبارِ[6]؛ لأنّها ولايةٌ تابعةٌ لاختيارِ الموصي كالوكالة. و نَمنَعُ كُبرى القياسِ في الأوّلِ؛ إذْ يجوزُ إيداعُ الفاسقِ وتوكيلُهُ، وهذا القولُ هو الذي نَصَرَهُ ابنُ إدريسَ بَعْدَ تردُّدِهِ[7].

ولقائلٍ أنْ يُفرِّقَ بين الوكالةِ والوصيّةِ بمراعاةِ الموكِّل حالَ الوكيل في كلِّ وقتٍ؛ ولأنّه في الوكالة مسلَّطٌ على مالِ نفسه، وهنا على مالِ الطفلِ، ولأنّه كتوكيلِ الوكيلِ الذي تُشترطُ فيه العَدالةُ.

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٦٤.
٢. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٧٧، الرقم ٤٨٣٤.
٣. الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٦٨؛ والشيخ في النهاية، ص ٦٠٥؛ والمبسوط، ج ٤، ص ٥١.
٤. منهم القاضي في المهذّب، ج ٢، ص ١١٦؛ وسلّار في المراسم، ص ٢٠٢؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٧٣.
٥. المختصر النافع، ص ١٨٨؛ وقال في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠١: ويعتبر في الوصيّ العقل والإسلام، وهل يعتبر العدالة؟ قيل: نعم؛ لأنّ الفاسق لا أمانة له، وقيل: لا؛ لأنّ المسلم محلّ الأمانة، كما في الوكالة والاستيداع، ولأنّها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقّق بتعيينه.
٦. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٥٢، المسألة ١٢٦.
٧. السرائر، ج ٣، ص ١٨٩.

ولا يَنْفُذُ تصرُّفُه حالَ صِغَرِه ويَنفُذُ تصرُّفُ الكبيرِ حتّى يبلغَ.

ولو ماتَ الصبيُّ أو بلغ مجنوناً تصرَّف الكبيرُ مُستَبِدّاً. وليس للصبيّ بعدَ البلوغِ الاعتراضُ فيما أنفذه البالغُ مشروعاً.

ويصحّ أنْ يوصِيَ الكافرُ إلى مثلِه؛ والوصيّةُ إلى المرأة.

● وتُعتبرُ الصفاتُ حالَ الوصيّةِ، وقيل: حالَ الموتِ.

ولعلَّ الأقربَ الأوّلُ؛ لأنّه لولاه لَلَزِم الركونُ إلى الظالم؛ إذِ الفاسقُ ظالمٌ، وهو منهيٌّ عنه[1].

وربما قيل:

إنّ إخبارَ الوصيّ مقبولٌ، ولا شيء من إخبار الفاسقِ بمقبولٍ. أمّا الصغرى فظاهرةٌ؛ لقبوله في إيفاء النفقةِ وإيفاء الديون الثابتةِ شرعاً. وأمّا الكبرى؛ فلقوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾[2].

ويُشكل بأنّه إنْ أُريد به القبولُ بغير يمينٍ مَنَعْنا الصغرى، وإنْ أُريد به مطلقاً مَنَعْنا الكُبرى؛ لقبول قول الفاسقِ بيمينِه في كلّ ما يُقبَل فيه قولُ العدلِ، والآيةُ الكريمةُ المرادُ بها ما طريقه الروايةُ.

قوله: «وتُعتبرُ الصفاتُ حالَ الوصيّةِ، وقيل: حالَ المَوتِ».

أقول: يُريد بالصفاتِ البلوغَ والعقلَ والإسلامَ والعدالةَ والحرّيّةَ واهتداءَ الوصيّ إلى فعلِ ما أُوصيَ فيه. وفي وقت اعتبارِها ثلاثةُ أقوالٍ نقلَها الشيخُ في المبسوطِ[3]، مع اتّفاقِ الأقوال على اعتبارِها حالةَ الوفاةِ.

الأوّل: أنّها تُعتَبر حالةَ الوصيّةِ؛ لأنّها حالةُ القبولِ والاستئمانِ والركونِ إليه ومُخاطَبتِهِ

---

١. هود (١١): ١١٣.

٢. القائل هو فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٦٢٧: والأصحّ عندي اشتراطها، وهو اختيار والدي المصنّف هنا؛ لأنّ الوصيّ يعتبر إقراره، ولا شيء من الفاسق يعتبر إقراره. أمّا الأُولى فظاهرة متّفق عليها، وأمّا الثانية؛ فلقوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾. والآية في الحجرات (٤٩): ٦.

٣. المبسوط، ج ٤، ص ٥١ ـ ٥٢.

ولو أوصى إلى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماعَ لم يَجُزِ الانفرادُ، ولا يُمضى تصرُّفُ أحدِهما لو تشاحّا بل يُجْبِرُهما الحاكمُ عليه، فإنْ تعذّر استبدل. ولو مرض أحدُهما أو عجزَ ضَمَّ الحاكمُ إليه مُعيناً؛ ولو مات أوفَسَقَ لم يَضمّ إلى الآخر، ولو سَوّغ لهما الانفرادُ جاز تصرُّفُ كلٍّ منهما منفرداً، والقِسمةُ.

ولو ردّ الموصى إليه بطلتْ إنْ عَلِمَ الموصي وإلّا فلا، ولو عجز ضَمَّ إليه الحاكمُ، ولو فَسَقَ وجب عزلُه وإقامةُ عِوَضِه.

وتصحّ الوصيّةُ بالولايةِ لِمَنْ يَستحقُّها كالوالِدِ والجَدِّ له، ولو أوصى بها على أكابِرِ أولادِه لم يَجُز.

ولو أوصى بالنظرِ في مالِ ولدِه وله أبٌ فالولايةُ للجَدِّ دونَ الوصيِّ، ولمن يتولّى مالَ اليتيمِ أُجرةُ مثله.

ولو أوصى إليه بالنظرِ في شيءٍ خاصٍّ لم يَتعدَّ غيرَه.

ولو مات بغير وصيٍّ فالولايةُ للحاكمِ، ولو تعذّر جاز لبعضِ المؤمنين.

بالعقد، وحالةُ الوفاة؛ لأنّها حالةُ ثبوتِ التصرُّفِ له. وهو اختيارُ الشيخِ [1] وابن إدريسَ [2]، وظاهرُ اختيارِ نجمِ الدين [3].

الثاني: اعتبارُها حالةَ الوفاةِ؛ لأنّها حالةُ ثبوتِ الولايةِ، ولا عبرةَ بالمتقدِّم؛ لعدم نفوذِ تصرُّفِه حينئذٍ.

الثالث: اعتبارُها في جميعِ الحالاتِ من حينِ الوصيّةِ إلى حينِ الوفاةِ عملاً بالاحتياطِ.

---

١. المبسوط، ج ٤، ص ٥٢.

٢. السرائر، ج ٣، ص ١٨٩.

٣. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٣: الصفات المراعاة في الوصيّ تعتبر حال الوصيّة، وقيل: حين الوفاة، فلو أوصى إلى صبيّ فبلغ ثمّ مات الوصيّ صحّت الوصيّةُ. وكذا الكلام في الحرّيّة والعقل. والأوّل أشبه.

● ولو أذِنَ للوصيِّ أن يُوصيَ جازَ وإلّا فلا على رأي.

قوله ﷺ: «ولو أذِنَ للوصيِّ أنْ يُوصيَ جازَ وإلّا فلا على رأي».

أقول: الموصي إمّا أنْ يَمنعَ الوصيَّ من الإيصاءِ، فلا يجوز إجماعاً، أو يأمُرَه به، فيجوز إجماعاً، والخلاف مع السكوت، فذهب المصنِّفُ (طابَ ثراه) إلى المنعِ من الإيصاءِ [1]، وهو مَذهبُ شيخِنا المفيدِ [2] وأبي الصَّلاحِ [3] وابن إدريس [4] ونجمِ الدينِ [5]؛ لبُطلانِ ولايتِه ـ والأصلُ عدمُ جوازِ تسلُّطِ الغيرِ على مالِ غيرِه ـ ولأنّ ولايتَه تَبَعٌ لاختيارِ الموصِي وهو مقصورٌ عليه.

وذهب الشيخُ في النهايةِ [6] و ابنُ الجُنيدِ [7] والقاضي إلى الجواز [8]؛ لجوازِ التوكيلِ، فكذا الإيصاءُ؛ ولأنّ الوصيَّ مَلَكَ ما مَلَكَه الجدُّ من التصرُّفِ، فكما جازَ للجدِّ الإيصاءُ فكذا له؛ ولِما رواهُ الصفّارُ في الصحيحِ قال: كتبتُ إلى أبي محمّد الحسنِ بنِ عليّ ﷺ: رجلٌ كان وصيَّ رجلٍ فمات و أوصى إلى رجلٍ هل يلزمُ الوصيَّ وصيّةُ الرجلِ الذي كان هذا وصيَّهُ؟ فكتب ﷺ: «يلزمه بحقِّهِ إنْ كان له قِبلَه حقٌّ إنْ شاءَ الله» [9]. قالوا: والظاهرُ أنّ المرادَ بـ«الحقّ» هنا حقُّ الإيمان [10].

وأُجيبَ: بأنّا لا نُسلِّمُ أنّه مَلَكَ ما مَلَكَه الجدُّ، سلّمنا، لكن مَلَكَه في الحياةِ فلِمَ قُلتم بِبَقائه مع انقطاعِه بالوفاة؟!

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٦٣؛ مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٥٤، المسألة ١٢٩؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٨٢، الرقم ٤٨٤٨.

٢. المقنعة، ص ٦٧٥.

٣. الكافي في الفقه، ص ٣٦٦.

٤. السرائر، ج ٣، ص ١٨٥ و ١٩١ ـ ١٩٢.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٣.

٦. النهاية، ص ٦٠٧.

٧. حكاه عنه العلّامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٥٤، المسألة ١٢٩.

٨. المهذّب، ج ٢، ص ١١٧.

٩. الفقيه، ج ٤، ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧، ح ٥٥٣٨؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢١٥، ح ٨٥٠.

١٠. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٢٧، المسألة ١٢٩؛ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٦٢٣؛ ونسبه إلى الشيخ في النهاية الفاضل المقداد في التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٣٩٧.

والوصيُّ أمينٌ لايضمَنُ إلّا بالتفريطِ أو مُخالَفةِ الموصي.

ويجوزُ له استيفاءُ دَينِه منْ تحتِ يدِه منْ غيرِ حاكمٍ وإنْ كـانَ له حُـجَّةٌ، وأنْ يشتريَ لنفسِه مِنْ نفسِه بثمنِ المثلِ.

المطلبُ الثالثُ في الأحكام

تجبُ الوصيَّةُ على كُلِّ مَنْ عليه حقٌّ، وإنّما تَـثبتُ الوصـيَّةُ بـالولايةِ بشـاهدَينِ عدلَينِ، وتُقبَل في الوصيَّةِ بالمالِ شهادَةُ واحدٍ مع اليمينِ، وشهادَةُ أربعِ نساءٍ في الجميع، و واحدةٍ في الرُبع، واثنتَين في النصفِ، وثلاثٍ في ثلاثةِ أرباعٍ، واثنينِ من أهلِ الذمَّةِ.

ولا تُقبَلُ شهادةُ الوصيِّ فيما هو وصيٌّ فيه، ولا فيما تَجُرُّ بِهِ الولايةُ.

ولا اعتبارَ بما يوجد بخطِّه، وإن عمل الورثةُ بالبعض لم يجب الباقي.

وإذا أوصى بوصيَّةٍ ثمّ أوصى بمُضادِّها عُمِلَ بالثانيةِ.

ولو قال: أعطوه مثلَ نصيب ابني أو بنتي وليس له غيرُه فالوصيَّةُ بالنصف، فإنْ أجاز اقتسما التَرِكَةَ، وإلّا أخذ الثلثَ، ولو كان آخَرُ فالوصيَّةُ بالثلثِ.

ولو قال: مثلُ نصيبِ بنتي ومعها زوجةٌ خاصَّةً وأجازَتا فله سبعةٌ من خمسةَ عَشَرَ، وكذا البنتُ، وللزوجة سهمٌ، وإن لم تُجيزا فله أربعةٌ مِنْ اثني عَشَرَ وللزوجة سهمٌ والباقي للبنت، وإنْ أجازتْ إحداهما خاصّةً ضُربتْ فريضةُ الإجـازةِ فـي وَفْقِ عدمِها وأُخذ من كلٍّ منهما بالنسبةِ.

ولو أوصى له بمثلِ إحدى زوجاتِه الأربعِ مع البنتِ فله سهمٌ من ثلاثةٍ وثلاثين.

وأمّا الروايةُ فحملَها المصنِّفُ في المختلفِ على ما إذا أُوصي الوصيُّ بـذلك؛ ولهـذا قال ﷺ: «إنْ كان له قِبَلَهُ حقٌّ». وهو أولى مِنْ جعل «الحقّ» حقّ الإيمان [1].

---

١. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٥٤، المسألة ١٢٩.

ولو قال: أعطوه مثلَ ابني مع بنتٍ فله سهمان مِنْ خَمسةٍ مع الإجـازةِ، ومـع عدمِها الثُلثُ، ولو أجاز أحدُهما أُخِذَ مِنْ نصيبه الخُمُسَيْنِ ومن الآخرِ الثُلث.

● ولو أوصى بنصيب ولده احتُمل المثليّةُ والبطلانُ.

ولو أوصى بمثلِ نصيبِ القاتلِ بطلتْ. ● ولو أوصى بضعف نصيبِه فهو مِثلاه، والضعفانِ ثلاثةُ أمثالِه على رأي، وكذا ضِعفُ الضِعْف.

قوله ﷺ: «ولو أوصى بنصيبِ وَلده احتُمل المثليّةُ والبطلانُ».

أقول: وجه احتمال المثليّةِ ـ أي صرفُه إلى مثلِ نصيبِ وَلَدِهِ ـ أنّ اللفظَ إذا تعذَّرَ حملُه على حقيقتِه حُمِلَ على مَجازِه، وهو هنا كذلك؛ صَرْفاً لكلام المُسلم عن الهَذْر [1]؛ ولأنّه وصيّةٌ بجميعِ المالِ أو ببعضِهِ، فكان صحيحاً. غايتُهُ وقوفُهُ على الإجازةِ، وهو اختيارُ نجمِ الدين [2].

و وَجْهُ البطلانِ؛ أنّه وصيّةٌ بِمُستحقّ ولده، فَجَرى مَجْرى الوصيّةِ بمالِ وَلَدِهِ، وأنّه باطلٌ، ولأنّه لو صحَّتِ الوصيّةُ لَتوقَّفَتْ على بطلانِها؛ إذْ هي متوقِّفةٌ على وجود نصيبٍ لِلابنِ ولا نصيبَ له حتّى تَبطلَ الوصيّةُ؛ إذْ لا يَملِكُ إلّا بَعْدَ خُروجِ الوصيّةِ أو بطلانِها، والخروجُ غيرُ مُتحقّقٍ، فيبقى البطلانُ.

ويُمكِنُ الجوابُ بِأنّ لِلولدِ نصيباً بالقوّةِ لولا الوصيّةُ. هذا؛ مع أنّ الوصيّةَ مع الصحّةِ ليستْ بعين النصيبِ حتّى يَلْزَمَ المُحال، إنّما هي بمثله.

قوله ﷺ: «ولو أوصى بِضِعفِ نصيبِه فهو مثلاه، و الضِعفانُ ثلاثةُ أمثالِه على رأي، وكـذا ضِعفُ الضِعف».

أقول: نقلَ الشيخُ في الخلافِ عن كافّةِ الفقهاءِ والعلماءِ: أنّ الضِعفَ مِثلا الشيءِ [3]؛ واحتجَّ بقوله تعالى: ﴿ضِعْفَ ٱلْحَيَوٰةِ وَضِعْفَ ٱلْمَمَاتِ﴾ [4] [وقوله:] ﴿فَأُوْلَـٰٓئِكَ لَهُمْ جَزَآءُ ٱلضِّعْفِ﴾ [5]؛

---

١. هَذَرَ في منطقه يَهْذِرُ ويَهْذُرُ هَذْراً. والاسم الهَذَرُ بالتحريك، وهو الهَذَيانُ. الصحاح، ج ٢، ص ٨٥٣، «هذر».

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٥: الثانية: لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده، قيل: تبطل الوصيّة؛ لأنّها وصيّة بمستحقّه، وقيل تصحّ، فيكون كما لو أوصى بمثل نصيبه وهو أشبه.

٣. الخلاف، ج ٤، ص ١٣٨، المسألة ٥.

٤. الإسراء (١٧): ٧٥.

٥. سبأ (٣٤): ٣٧.

ولو أوصى بمثلِ نصيبِ مُقدّرٍ لو كان أُعطي ما يُعطى مع وجودِه، فلو كان له ابنان وأوصى بأنْ يُعطى مثلَ نصيب ثالثٍ لو كان فله الربعُ.

وبما رُوي أنّ عُمرَ ضَعّفَ الصدقةَ على نَصارى بَني تَغْلِب [١]. و من المعلوم أنّه كان يأخذ منهم زَكاتين من كلّ أربعين شاتين.

وقال أبو عبيدِ بن سلام: ضِعْفُ الشيءِ مِثْلُه؛ لقوله تعالى: ﴿يُضَـٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [٢]. ولا خلافَ في وجوبِ حدَّيْنِ عليها.

وقال أبو عُبيدة بن المثنّى: ضِعفُ الشيء: هو ومثله، وضِعفاهُ: هو ومِثلاه [٣].

وقال الخليل: الضِعف: أنْ يُزادَ على أصلِ الشيءِ فيُجعلَ مِثْلَيْنِ أو أكثرَ، وكذلك الإضعافُ والمُضاعَفَةُ [٤].

وقال الأزهري: الضِعْفُ: المِثْلُ فما فوقه [٥].

وقال الجوهري: «ضِعفُ الشيءِ: مِثْلُه، وضِعفاه: مِثلاه، وأضعافه: أمثاله» [٦].

وما اختاره المصنّفُ هنا من أنّ الوصيّةَ بِضِعْفَيِ النصيبِ ثلاثةُ أمثالِه هو مَذهبُ الفقهاءِ [٧] ونجمِ الدين [٨]؛ أخذاً بالمتيقّنِ؛ ولإضافةِ الضِعفِ إلى النصيبِ وهو مثلاهُ، فيكون ثلاثةً؛ هكذا حكاه الشيخُ في الخلافِ [٩]. وفي هذا الاستدلالِ نَظرٌ.

---

١. نقله الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ١٣٨، المسألة ٥؛ وابن قدامة في المغني، ج ٨، ص ٤٢٨؛ والنووي في المجموع شرح المهذّب، ج ١٥، ص ٤٨١.

٢. حكاه عنه الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ١٣٨، المسألة ٥؛ والآية في الأحزاب (٣٣): ٣٠.

٣. مجازات القرآن، ج ٢، ص ١٣٧: ضعف الشيء مثله، وضعفي الشيء مثلا الشيء.

٤. أضعفتُ الشيء إضعافاً، وضاعفه مضاعفة، وضعّفته تضعيفاً، وهو إذا زاد على أصله فجعله مثلين أو أكثر. العين، ج ١، ص ٢٨٢، «ضعف».

٥. والضِعْفُ في كلام العرب: المثل إلى ما زاد، وليس بمقصور على مثلين... يقال هذا ضِعفُ هذا أي مثله، وهذا ضعفاه أي مِثلاه. تهذيب اللغة، ج ١، ص ٤٨٠، «ضعف».

٦. الصحاح، ج ٣، ص ١٣٩٠، «ضعف».

٧. منهم: محمّد بن إدريسَ الشافعي في الأُمّ، ج ٤، ص ٨٩؛ والنووي في المجموع شرح المهذّب، ج ١٥، ص ٤٨١؛ وابن قدامة في المغني، ج ٨، ص ٤٢٩، نقلاً عن أصحابه.

٨. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٥.

٩. الخلاف، ج ٤، ص ١٣٩، المسألة ٦.

● ولو أوصى له بعبدٍ ولآخَرَ بتمامِ الثُلثِ ثمّ تجدّد عيبٌ قبلَ تسليمِ العبدِ فللموصى له الآخرِ التكْمِلةُ بعدَ وضعِ قِيمةِ الصحيحِ.

واختار في المبسوطِ [١] والخلافِ أنّه أربعةُ أمثالِه [٢]. وهو مذهبُ أبي ثورٍ [٣]؛ لأنّ الضِعفَ المثلانِ وقد ثنّاهُ فيجبُ أربعةُ أمثاله.

وأمّا ضِعفُ الضِعفِ فالقولُ بأنّه ثلاثةُ أمثالٍ شيءٌ ذكره نجمُ الدين [٤]، وهو مخالف لمَذْهبِ الشيخِ في الكِتابَينِ ـ والظاهرُ أنّ الفقهاءَ على الأربعةِ ـ و مخالف أيضاً النقلين؛ لأنّ الضِعفَ إنْ كان هو المِثَل فهو مثلان.

ويُحتمل واحدٌ؛ لأنّه في قوّةِ مِثلِ المِثلِ، وإنْ كان مِثلَيْنِ فهو ستّةُ أمثالٍ، إلّا أنْ يُقالَ: هو في الأوّلِ مِثلانِ، وفي الثاني بقَدْرِهِما، فيكون أربعةَ أمثالٍ.

وإنْ قيل: إنّه في الأوّلِ مثلٌ، وفي الثاني مِثلانِ، كان ثلاثةَ أمثالٍ، إلّا أنّه تحكّمٌ.

وربما قيل: إنّ الضِعفَ هو ضَمُّ الشيءِ إلى مثلِه، فالضِعفُ الأوّلُ مِثلانِ، والثاني ضمّ مثلٍ آخرَ إليهما، فيكونُ ثلاثةَ أمثالِه [٥]. وهذا يَتِمُّ لو قال: ضِعفا النصيب أمّا ضِعفُ الضعفِ فإنّه مِثلا الضعفِ [٦] الذي قَدِ اعْتَرفْتُم بأنّه مِثلانِ فيكون أربعةً، وتكونُ الوصيّةُ بالمضاف لا به و بالمضافِ إليه، وإلّا لكانَ ستّةً كما مرَّ.

قوله ﷺ: «ولو أوصى له بِعبدٍ ولآخَربتمامِ الثُلثِ ثمّ تجدّدَ عَيبٌ قبلَ تسليمِ العبدِ فللموصى له الآخرِ التكملةُ بعدَ وَضْعِ قيمةِ الصحيحِ».

أقول: لِتكن قيمةُ العبدِ مائةً، والمالُ خمسمائةٍ، فإذا حَدَثَ في العبد عَيبٌ فنقصتْ قيمتُه فلنَفرِضْ نقصَها خمسين، فنقولُ: صارَ المالُ حينئذٍ خمسَمِائةٍ وخَمْسينَ، هذا إذا كانَ

---

١. المبسوط، ج ٤، ص ٧.

٢. الخلاف، ج ٤، ص ١٣٩، المسألة ٦.

٣. حكاه عنه الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ١٣٩، المسألة ٦؛ وابن قدامة في المغني، ج ٨، ص ٤٢٩؛ والنووي في المجموع شرح المهذّب، ج ١٥، ص ٤٨٢.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٥.

٥. قاله فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٤٩.

٦. في «س، ن»: «فإنّه يضمّ مثلا الضعف» بدل «فإنّه مثلا الضعف».

● ولوِ انتقِل إلى المريضِ مَن ينعتقُ عليه بغيرِ عِوَضٍ عَتَقَ و وَرِثَ، وكذا إنْ كان بعوضٍ يُخرجُ مِنَ الثُلث، وإلّا عَتقَ الثلثُ على رأيٍ و ورِثَ بقدرِه.

حدوثُ العَيبِ قبلَ الوفاةِ. فإذا أخذَ المُوصى له العبدَ فَضَلَ من الثلثِ بعد إسقاطِ المِائةِ ثلاثةٌ وثمانونَ وثُلثٌ، وهي التكملةُ الموصى بها؛ ولو فُرِضَ موتُ العبدِ كان للموصى له الثاني ستّةٌ وستّونَ وثلثانِ.

والأقرب أنّه في الصورتين يأخذُ مِائةً؛ لأنّه يَصِل إلى الورثةِ الثُلثانِ وزيادةٌ.

لا يقال: يلزم من ذلك أنْ يُعتبرَ الثلثُ حينَ الوصيّةِ وهو باطلٌ؛ لأنّ الاعتبارَ بالثُلثِ عند الوفاة.

لأنّا نقول: بموجبه.

والعبدُ المَعيبُ أوِ التالفُ محسوبٌ منها بالنظر إلى الأوّل، فهو كالباقي، كما لو أعتق ثُلثَ عبيده الثلاثةِ فمات واحدٌ وظهرتِ القرعةُ عليه، وكذا لو فُرِضَ نقصُ المالِ غيرِ العبدِ كأنْ يَنقص مائةٌ مثلاً، فإنّه يدخل النقصُ قطعاً على الثاني، فيكونُ له ستّةٌ وستّون وثلثان، ولا يجري مَجرى مَوتِ العبدِ.

أمّا لو كان تلفُه بعدَ قبض الوارث الواقعِ بعد الوفاة، فإنّه يكون محسوباً عليهم قطعاً، بمعنى أنّ المُوصى له الثاني تكونُ له المائةُ بِتمامِها.

هذا كلُّه على تقديرِ أنْ يكونَ بعدَ وَضعِ قيمةِ العبد صحيحاً في الثُلثِ فَضْلٌ، أمّا لو كان مستَوعِباً له بطلتِ الوصيّةُ للثاني.

قوله ﷺ: «ولَوِ انتُقِل إلى المريض مَن يَنْعتقُ عليه بغير عوضٍ عَتَقَ ووَرِثَ، وكذا إنْ كان بعوضٍ يُخرجُ من الثلث، وإلّا عَتَقَ الثُلثُ على رأيٍ».

أقول: إذا انتُقل إلى المريض مَن يَنْعتق عليه كأبيه مثلاً، فإمّا أنْ يكونَ بِعوضٍ أو بغيره، وعلى التقديرين، فإمّا أنْ يكون المِلكُ قهريّاً أو اختياريّاً، ثمّ إذا مَلَكَه بِعوضٍ، فإمّا أنْ يكونَ العوضُ موروثاً أولا. فالأقسام ستّةٌ:

الأوّلُ: أنْ يَمْلِكه بِعِوَضٍ مَوْرُوثٍ اختياراً، كالشراء. فمن قال: المنجّزاتُ مِنَ الأصلِ ـ على ما سَنُبَيّنُه [1] ـ فإنّه يكونُ مِنَ الأصلِ، وهو ظاهرٌ.

---

١. سيبيّن في ص ٣٢٢.

ولا تبطل الوصيّةُ بالدارِ لو صارت بَراحاً.

ومَنْ قال: إنّها مِنَ الثُلث، ففيه وجهان:

أحدُهما: أنّه يُعتَقُ مِنَ الثُلْثِ ـ كما اختارَه المصنِّفُ هنا وفي الأحكام المعنويّةِ مِنَ القواعدِ [١] ـ لأنّ تملُّكَه باختيارِه سببٌ في عتقِهِ، فيجري مَجْرى المُباشرةِ، خُصوصاً عند مَن يجعلُ القادرَ على السببِ قادراً على المسبَّبِ كالجُبّائينَ [٢].

وثانيهما: أنّه يُعتَقُ مِنَ الأصلِ ـ وهو اختيارُ المصنِّفِ في كيفيّةِ التنفيذِ مِنَ القواعدِ [٣] أيضاً ـ لأنّه إنّما يَحجُر عليه في التبرُّعاتِ [٤]، والشراءُ ليس بتبرُّعٍ فلا يكون محجوراً عليه فيه، والعتقُ حصل بغير اختياره فلا يُعتَبَرُ فيه الثلثُ.

الثاني: أنْ يَملِكَه بِعوضٍ مَوروثٍ مِلْكاً قهريّاً، كما لَو كان قد نَذَر في الصحّةِ أوفي المرضِ ـ إنْ جوَّزنا كونَه مِنَ الأصل ـ أنّه إذا وَجَدَ قَريبَه يُباع بعوضٍ هو قادرٌ عليه اشتراهُ، فإنّ هذا مِنَ الأصلِ على القولين.

ويُحتَملُ ضعيفاً كونُه من الثُلثِ؛ لحصول السببِ المقتضي للتصرُّفِ في المرضِ. وفي هذا المثال نظرٌ.

الثالث والرابع: مَلَكَهُ بعوضٍ غيرِ مَورُوثٍ قهريّاً أو اختياريّاً ـ إنْ أمكنَ القَهري ـ كما لَو آجَرَ نفسَه للخدمةِ به، وهذا مِنَ الأصل على القولين.

الخامس: مَلَكَه بِغَير عوضٍ قهراً كالإرثِ، وهذا مِنَ الأصلِ أيضاً؛ لعدمِ الاختيار في السببِ ولا في المُسبَّب.

السادس: مَلَكَه بغَيرِ عوضٍ اختياراً كالهبةِ، فعلى القولِ بعدم الحَجْر في المنجَّزات فهو من الأصل، وعلى القول الآخرِ ففيه احتمالان:

أحدُهما: أنّه مِنَ الأصلِ؛ لأنّه إنّما يُعتَبَرُ من الثُلثِ ما خَرَجَ عن مِلْكِ الميّتِ،

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٧٢.

٢. قال الشهرستاني في الملل والنحل، ج ١، ص ٧٨: الجُبّائية والبَهْشَميّة، أصحاب أبي عليّ محمّد بن عبدالوهّاب الجُبّائي، وابنه أبي‌هاشم عبدالسلام، وهما من معتزلة البصرة؛ انفردا عن أصحابهما بمسائل.

٣. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٣٥.

٤. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٤١.

ولو أوصى للفقراءِ أُعطي ثلاثةٌ فما زاد ولا يجبُ التعميمُ؛ ولو قال: أعطوا زيداً والفقراءَ فلزيد النصفُ.

وهنا لم يَخْرُجْ شيء؛ لأنّه مَلَكَه بنفسِ القَبولِ، وانعَتَق عليه تَبعاً لِلْمِلْك. وادَّعى الشيخُ نجمُ الدينِ على هذا الحكمِ الإجماعَ منّا[1]؛ وقال شيخُنا فخرُ الدين في الاستدلال على هذا المطلوب:

إنّ ذلك مُشتَمِلٌ على دُخولِ مِلْكٍ وخروجِ آخَرَ، وليس في مقابَلَةِ الدخولِ بَذْلُ عِوَضٍ لِيُمْكِنَ اعتِبارُ الثُلثِ، والخروجُ قَهْرِيٌّ؛ لاستحالةِ قَبولِ المالكِ لِيَمْلِكَهُ في الآنِ الثاني[2].

ولأنّ المِلْكَ في الآنِ الأوّلِ وفي الآنِ الثاني مُتضادّانِ، ولا يُخْرِجُ الضدّانِ عن التضادّ باعتبارٍ خارج.

وثانيهما: أنّه مِنَ الثُلث؛ لِما قُلنا مِنْ أنّ القُدرةَ على السبَبِ قدرةٌ على المسبَّبِ. وقوّاهُ المصنِّفُ في التحريرِ، ونَقَلَه عن بعضِ العامّة[3]. ولا يَلزمُ من كونِ الخروجِ حالَ الخُروجِ قهْرِيّاً كونُه من الأصل، وإنّما يلزمُ ذلك أنْ لو لم يكنْ مستنداً إلى اختيارِ المريضِ في التملُّكِ، لكنّه مستَنَدٌ، و تضادُّ المِلْكين مسلَّمٌ، واللازمُ منه عدمُ اجتماعِهما.

والثابتُ المِلْكُ في الآنِ الأوّلِ فينتفي المِلْكُ في الثاني، ولا يَلزمُ من ذلك كونه من الأصل، والكلام إنّما وقعَ فيه، على أنّ الأوّلَ مصادَرةٌ، ونمنعُ الضدّيةَ في الثاني؛ لاشتراط اتّحاد الموضوع بكلّ اعتبار، والمريضُ موضوعٌ للدخولِ بغير حَجرٍ، وللخروج مع الحجر.

وَأمّا الإرثُ: فإنّه إذا قيلَ: بانعتاقِه جميعِهِ أو بانعتاقِ بَعْضِهِ وَلم يكنْ هناك حاجبٌ وَرِثَ؛ لاجتماعِ شرائطِ الإرثِ، وخالفَ فيه بعضُ العامّة[4].

---

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٦.

٢. إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٣٩.

٣. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٤٠٢، الرقم ٤٨٨١: إذا أوصى للمريض بمن ينعتق عليه فقبله ومات في ذلك المرض عتق من الأصل؛ لأنّ اعتبار الثلث إنّما يكون لما يخرج من ملكه، ويرث. وقال الشافعي: يكون من الثلث. وهو قويّ.

٤. هو بعض الشافعيّة. راجع المهذّب، الشيرازي، ج ١، ص ٤٥٣؛ المغني، ابن قدامة، ج ٨، ص ٤٧٩.

المطلبُ الرابعُ في تصرُّفاتِ المريض

كلُّ تصرُّفٍ مقرونٍ بالوفاةِ فهو وصيّةٌ مِنَ الثُلُثِ وإنْ كانَ صحيحاً. ● وأمّا المنجَّزاتُ الواقعةُ في مرضِ الموتِ المتبرَّعُ بها ـ كالهبةِ والعتقِ ـ ففيها قولان، أقربُهما أنّها مِنَ الثُلث.

قوله ﷺ: «وأمّا المنجَّزاتُ الواقعةُ في مرضِ الموتِ المتبرَّعُ بها ـ كالهبةِ والعتقِ ـ ففيها قولانِ، أقربُهما أنّها من الثلثِ».

أقول: قد تقدَّم ذكرُ الخلافِ في بابِ الحَجْرِ [1]. ونقول هنا:

قال الجوهري:

> الناجز: الحاضرُ. يقال: بعته ناجزاً بناجزٍ، أي يداً بيدٍ، أي تَعجيلاً. قال الشاعر:
>
> وإذا تُباشِرك الهُمو ... مُ فإنّها كالٍ وناجِزٍ
>
> وفي الحديث: «لا تبيعوا حاضراً إلّا بناجزٍ» [2].

وقال الهَروي:

> يعني في الصرف، تقول [3]: لا يجوز إلّا كذلك، يقال: نجز ينجزُ إذا حضر و حصل، وأنجزَ وعده إذا أحضره، والمناجزةُ في الحرب: المحاضرة [4].

إذا عَرَفْتَ ذلك، فاعلَم أنّ كلَّ تصرُّفٍ وقعَ في المرضِ الذي يتَّفِقُ معه الموتُ ـ سواء كان بيْعاً مشتملاً على مُحاباةٍ أو مطلقاً، أو التزاماً بما لاغِبطةَ فيه من قِسْمَي الخيارِ، أو عتقاً، أو تزويجَ المرأةِ نفسَها بدون مَهرِ المِثلِ، أو إجارتَه نَفسَه بدون أُجرةِ المِثلِ، أو تَخْصيصَ بعضِ الغُرماء بالإيفاء، أو إقراراً لوارثٍ أو لأجنبي، أو نَذْرَ إخراجِ مالٍ أو شبهِهِ من عهدٍ ويمينٍ،

---

١. تقدَّم في ص ١٣٨.

٢. الصحاح، ج ٢، ص ٨٩٨، «نجز»، والحديث مع اختلاف في الألفاظ مرويّ في صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٠٨ ـ ١٢٠٩، ح ١٥٨٤/٧٥ ـ ٧٦؛ الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٥٤٢ ـ ٥٤٣، ح ١٢٤١؛ الموطّأ، مالك بن أنس، ج ٢، ص ٢٤، كتاب البيوع، ح ٣٢.

٣. في المصدر: يقول.

٤. الغريبين، ج ٦، ص ١٨١١، «نجز».

....

غير ما أنفقَه على نفسِه بالمعروفِ أو مطلقاً، أوعلى واجبِ النفقةِ، أو إخراجَ واجبٍ كالخُمسِ والزكاةِ وإنْ حصلَ سببُهما في المرض، أو أرشَ جنايةٍ ـ فللأصحابِ فيه عبارات:

الأُولى والثانية: كونُها من الأصل في الجملة، أو الثُلث في الجملة، وقد تقدَّم ذكرُ المخالف [١].

الثالثة: كونُها من الثلث إلّا في مَواضعَ:

أ: التزويجُ وإنْ كان بِأقلَّ من مَهرِ المِثلِ في حقِّ الزوجةِ ولم تَخرج من الثُلثِ، وهو اختيارُ المصنِّفِ في القواعدِ [٢]. وفي حُكْمِهِ لو آجرَ نفسَه بأقلَّ من أُجرةِ المِثْلِ؛ لأنّه ليس إخراجَ مالٍ من التَرِكَةِ بلْ هو اكتسابٌ.

ب: عتقُ القريبِ إذا وَرِثهُ أوِ اتَّهَبَه أو أوصي له به، كما تقدَّم [٣].

ج: [٤] ما نَذَره في مرضِه، وهو احتمالٌ للمصنِّفِ؛ وتَوجيهُهُ عمومُ إخراجِ كلِّ واجبٍ مِنَ الأصلِ وهو واجبٌ [٥].

والأقوى عدمُه؛ لتعلُّقِ النذرِ بمالٍ ممنوعٍ مِن صَرْفِهِ فيما نَذَرَهُ، كما لو نَذَر المُفلَّسُ الصدقةَ بماله قَبْلَ القِيمَة.

د: ما باعَهُ بثمنِ المِثْلِ، وهو اختيارُ المصنِّفِ في بعضِ كُتُبِه [٦].

ويُحْتَمل كونُه مِنَ الثُلْثِ؛ لتعلُّقِ الغَرضِ بأعيانِ الأموال. أمّا لو أوصى ببيعِهِ به وقف

---

١. تقدَّمَ في ص ١٣٨ وما بعدها.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٣٢.

٣. تقدّم في المسألة السابقة.

٤. تصرّفنا في عبارة الشهيد فيما ذكره من ترتيب الأقسام لتسهيل تناولها، من قوله: «ج: ماندره في مرضه...» إلى قوله: «السادسة: نفوذ إجازة المريض...».

٥. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥١٧ (الطبعة الحجريّة): ولا فرق عندنا في الواجب وخروجه من الأصل بين أن يكون وجوبه بأصل الشرع، كالزكاة الواجبة والحجّ، وبين ماوجب بالتزام العبد من نذرٍ أو مباشرة سبب يقتضي الكفّارة؛ وقال في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٣١: ولو نذر الصدقة في مرض الموت فالأقرب أنّه من الثلث.

٦. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥١٧ (الطبعة الحجريّة)؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٣٢؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٨٦، الرقم ٤٨٦١.

....

على الإجازةِ على احتمال للمصنّف [١].

وفي الفَرقِ إشكالٌ ناشئ مِنْ أنّ الأعيانَ [٢] إنِ اعْتُبِرتْ فهو من الثُلثِ فـيهما، وإلّا فَـمِنَ الأصلِ فيهما.

هـ: ما نَقَص بالتشقيصِ؛ لِجَريانهِ مَجرَى الإتلاف.

ويُحْتَمَلُ عدمُه؛ لاستلزامِهِ أكْثَرَ مِنَ الثُلث.

و: مَهرُ مِثْلِ المَنكوحةِ بالعقدِ الصحيحِ مع الدُخولِ، وهو قولُ شيخِنا المصنِّفِ [٣].

وقال الشيخُ في «المبسوطِ»: نكاحُ المريضِ صحيحٌ مع الدُخولِ ولها المَهْرُ والميراثُ [٤].

وَلَم يَذكُرْ أهُوَ مِنَ الأصلِ أو مِنَ الثُلث؟ وَتَرَدَّد فيه الشيخُ نجمُ‌الدين في مسألة المُعتَقَةِ وهي ثُلثُ مالِهِ [٥]؛ نَظَراً إلى أنّه كأرْشِ الجناية، وإلى زيادته على الثُلث، وعمومِ المنع عـن التصرُّفِ فيما زاد عنه [٦]. و هو يُعطي التوقُّفَ في أصلِ المَهر مع صحّةِ العقد، وتعليلُه ببطلان المسمّى بزيادتِه على الثُلثِ يُشعرُ به.

الرابعة: اختلفتْ عباراتُهم في الإقرارِ على وجوه:

أ: مُضِيُّه مِنَ الأصلِ مطلقاً ــ أي سواءٌ كانَ لِوارثٍ أو لأجنبي، وسواءٌ كان متَّهماً أو لا ــ وهو ظاهرُ قولِ سلّار [٧]، واختاره ابنُ إدريس [٨]؛ للإجماعِ على أنّ إقرارَ العقلاء على أنفسهم جائزٌ [٩].

---

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٥٤: ولو أوصى... فالأقرب الافتقار إلى الإجازة... وكذا لو أوصى أنْ يباع عين ماله من إنسان بنقدٍ ثمن المثل. وقال في ص ٤٥٦: ولو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال؛ ولمزيد التوضيح راجع مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ٤٣٥.

٢. في «س، ن، ع»: «من كون الأعيان» بدل «من أنّ الأعيان».

٣. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٣١.

٤. المبسوط، ج ٤، ص ٣٨.

٥. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٨.

٦. لاحظ إيضاح تردّدات الشرائع، ج ١، ص ٣٤٠.

٧. المراسم، ص ٢٠١: من كان عاقلاً يملك أمره فيما يأتي ويذر، فإقراره في مرضه كإقراره في صحّته.

٨. السرائر، ج ٣، ص ٢١٧.

٩. تقدّم تخريجه في ص ١٤٣، الهامش ٢.

....

ب: مُضِيُّه من الثُلْثِ في حقِّ الوارثِ مطلقاً، وهو قولُ الصدوقِ في المقنع [١].

ج: مُضِيُّه مِنَ الأصلِ مع العدالة وانتفاءِ التُهمةِ مطلقاً، ومِنَ الثلثِ مع عدمِ الشرطينِ مطلقاً، وهو قَولُ الشيخِ في النهايةِ [٢]، والقاضي [٣]، وروايةُ الصدوقِ فِي من لا يحضره الفقيه [٤].

د: مُضِيُّه مِنَ الأصلِ مع الشرطينِ للوارثِ والأجنبي، إذا أقرَّ بِأنّه وديعةٌ، وهناك دَينٌ محيطٌ بِالتَركَةِ، وهو قولُ المفيدِ، وقال في الإقرار بالدَين: بمُحاصَّةِ المُقَرِّ لَه [٥]، وأطْلَق.

ه: مُضِيُّه مِنَ الأصلِ للأجنبي مطلقاً، وللوارثِ مِنَ الثُلْثِ مع التُهمةِ، وهو قولُ ابن حمزةَ [٦].

و: مُضِيُّه مِنَ الأصلِ مُطلقاً مع انتفاءِ التهمةِ، ومعها مِنَ الثُلثِ مطلقاً، وهو قولُ الشيخِ نَجمِ الدينِ في الشرائع [٧].

ز: مُضِيُّه مِنَ الثُلثِ للأجنبي مع التُهمةِ، ومِنَ الأصلِ لا معها، وللوارث مِنَ الثُلثِ مطلقاً، وهو قولُه في النافع [٨].

ح: أطلَق الشيخُ في الخلاف مُحاصّةَ الأجنبي للدُيّان إذا أُقِرّ له في المرض [٩]، وصحّةَ الإقرارِ للوارثِ [١٠]، ولم يُبيِّن كَيْفِيّتَهُ. قال شيخُنا: ومُرادُه ما فصَّلَه في النهاية [١١]، وهو ردٌّ

---

١. المقنع، ص ٤٨٢: وإذا أقرّ الرجل وهو مريض لوارث بدين، فإنّه يجوز إذا كان الذي أقرّ به دون الثلث.

٢. النهاية، ص ٦١٧ ـ ٦١٨.

٣. المهذّب، ج ١، ص ٤١٩.

٤. الفقيه، ج ٤، ص ٢٢٩، ح ٥٥٤٦.

٥. المقنعة، ص ٦٦٢.

٦. الوسيلة، ص ٢٨٤: وإقرار المريض إذا كان صحيح العقل مثل إقرار الصحيح، إلّا في حلّ بعض الورثة لشيءٍ إذا كان متّهماً، فإذا أقرّ له ولم يكن للمُقَرّ له بيّنة على صحّة ما أقرّ له به كان في حكم الوصيّة.

٧. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١١٩.

٨. المختصر النافع، ص ٢٦٩.

٩. الخلاف، ج ٣، ص ٣٦٧، المسألة ١٢.

١٠. الخلاف، ج ٣، ص ٣٦٩، المسألة ١٣.

١١. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٧٢، المسألة ١٥٣؛ راجع النهاية، ص ٦١٧ ـ ٦١٨.

. . . .

على ابن إدريسَ حيث قال: إنّه رجع عن ذلك في الخلاف [١].

الخامسة: نُفوذُ ما خُصِّص به بعضُ الدُيّان مِنَ الأصلِ؛ لأنّه إخراجٌ لبعضٍ ماوجبَ عليه إخراجُه مطلقاً، وهو غيرُ ممنوعٍ منه.

ويُحتَملُ عدمُه؛ لتساوِيهم في الاستحقاقِ كالمُفَلَّسِ، وهو ضعيفٌ.

السادسة: نفوذُ إجازةِ المريضِ في بَيعِ المَوروثِ [٢] الصحيحِ، يُختارُ مِنَ الأصلِ ـ وإنِ اشتَملَ على محاباةٍ ـ بِناءً على أنّ انتقالَ المَبيعِ بالعقدِ؛ لأنّه لم يَملِك بل رَضِيَ بالبيعِ الصحيحِ.

ويُحتَملُ كونُه مِنَ الثُلثِ؛ لأنّ الاستقرارَ حَصَل بإجازَته فصارَ كما لَو مَلَكَه.

وهذه العباراتُ عند التحقيقِ كلُّها تَرجِعُ الى قولَي الإطلاق، والقول بالتفصيل.

لنا على ما اختارَهُ المصنِّفُ وجوهٌ:

أحدُها:

أنّه إنْ كانَتِ المؤخَّراتُ من الثلثِ، فالمنجَّزاتُ كذلك، والمُقدَّم حقٌّ بالإجماع فكذا التالي. و بيانُ الملازَمَةِ أنّ المقتَضِي لِحَصْرِ الوصيّةِ في الثلثِ النظرُ إلى الورثةِ والشَفَقَةُ عليهم؛ وهذه العلّةُ مُنبّهٌ عليها في كلامِ النبيّ ﷺ في قوله: «إنّ اللهَ تَصَدَّقَ عليكُمْ بِثُلثِ أموالِكم في آخِرِ أعمارِكُم زيادةً في أعمالِكُم» [٣]. ونحوه في كَلام الأئمّة عليهم السلام [٤]، وهي موجودةٌ هنا.

هكذا قال المصنِّفُ في المختلف [٥].

---

١. السرائر، ج ٣، ص ٢١٧.

٢. في «س، م، ض، أ»: «المورِّث» بدل «الموروث».

٣. سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٩٠٤، ح ٢٧٠٩؛ نصب الراية، ج ٤، ص ٣٩٩ ـ ٤٠٠، ح ١ من كتاب الوصايا؛ مجمع الزوائد، ج ٤، ص ٢١٢، باب الوصيّة بالثلث.

٤. راجع وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٢٦٧ ـ ٢٧٥، باب ٨ إلى ١١ من كتاب الوصايا.

٥. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٧٠، المسألة ١٥٢.

....

وفيه نظرٌ ؛ لمنع المُلازَمَةِ، والعلّةُ ضعيفةٌ، لأنّها ليستْ منصوصةً، وبتقديرِه فهو منقوضٌ بالصحيحِ مع انسحابِ الدليل فيه.

لا يقال: هذا في مَعرِض مِلْكِ الورثةِ في الحال بخلاف الصحيح.

لأنّا نقول: رُبَّ مريضٍ عاشَ أكثر من صحيحٍ ؛ على أنّه ربما كان في حال المُراماة التي يَغْلِبُ معها الظنّ بالتلف أبلغُ من المرض.

وثانيها:

أنّه لولا كونُ المنجّزاتِ من الثُلث لاختلّت حكمةُ حَصْرِ الوصيّةِ في الثُلْث، والتالي باطلٌ فكذا المقدَّم، و بيانُ المُلازَمةِ، أنّه لولاه لالتجأ كلُّ من يريد الزيادةَ في الوصيّة على الثلث إلى العطايا المنجّزةِ فتختلّ الحِكمَةُ.

هكذا قرّرهُ أيضاً[١].

وفيه نظرٌ ؛ إذِ الخوفُ من البرْء يمنعه عن الزيادة، بخلاف مابعدَ الموت، فلااختلال.

وثالثها: روايةُ عليِّ بنِ عُقْبَةَ في عتق العبد، وقد تقدَّمت في الحَجر[٢]. قال بعضُهم: هي مخصوصةٌ بالعتقِ فلا تعُمُّ[٣].

وهو ضعيفٌ ؛ لعدم القائلِ بالفرقِ.

ورابعها: صحيحةُ شُعَيْبَ بنِ يعقوبَ قال: سألتُ أبا عبدالله ﷺ عن الرجلِ يَموتُ مَالَهُ من مَاله ؟ فقال: «له ثلثُ مَالِه، والمرأةُ أيضاً»[٤].

وفيها نظرٌ ؛ لأنّها ليست صريحةً في المطلوبِ، بل دَلالتُها على ما بعدَ الموت أولى ؛ لأنّه قال: «يموت»، وهو وإنْ كان مُستَقْبَلاً إلّا أنّ ظاهرَهُ المُضِيُّ.

---

١. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٧٠، المسألة ١٥٢.

٢. تقدَّم في ص ١٣٩، الهامش ٨.

٣. هو الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٩١.

٤. الكافي، ج ٧، ص ١١، باب ما للإنسان أن يوصي به بعد موته و...، ح ٣؛ الفقيه، ج ٤، ص ١٨٥، ح ٥٤٢٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٩١، ح ٧٧٠؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١١٩، ح ٤٥٢.

....

وخامسها: صحيحةُ عليّ بنِ يَقْطين قال: سألتُ أبا الحسن ﷺ ما للرجل من مالِهِ عند موته؟ قال: «الثلثُ، والثلثُ كثيرٌ»[1]. وقد تقرَّر في الأُصول أنّ جوابَ «ما» الاستفهاميّةِ للعموم[2]. والكلامُ عليها كالتي قبلَها، إلّا أنّ هذه أرجَحُ دَلالةً على المطلوب.

وسادسها: روايةُ أبي ولّاد قال: سألتُ الصادقَ ﷺ عن الرجل يكون لامرأتِهِ عليه الدينُ فتُبْرِئُه منه في مرضها؟ قال: «بل تَهَبُه له فتجوز هبتُها، ويُحتسبُ ذلك من ثُلثها إنْ كانت تركتْ شيئاً»[3].

احتجَّ القائلون بأنّ المنجَّزاتِ من الأصلِ بوجوهٍ:

أحدُها: أنّه مالكٌ تَصرَّفَ في مِلْكِهِ، فكان سائغاً والصغرى مقدّرةٌ؛ والثانيةُ: لقوله ﷺ: «الناس مسلَّطون على أموالهم»[4]؛ خرج منه ما بعدَ الموت فيبقى الباقي.

وثانيها: أصالةُ الجوازِ.

وثالثها: أنّه لولا صحّتها في الحالِ لما لزمتْ بالبُرْءِ؛ والتالي باطلٌ فكذا المقدَّم.

ورابعها: مارواه عمّارٌ عن الصادق ﷺ قال: «الرجل أحقُّ بمالِهِ مادام فيه الروحُ إنْ أوصَى به كلِّهِ، فهو جائزٌ»[5]. وما رواه عمّار أيضاً عن أبي عبدالله ﷺ في الرجل يَجْعلُ بعضَ ماله لرجلٍ في مرضِهِ، فقال: «إذا أبانَه جاز»[6]. وما رواه عمّار أيضاً عن الصادق ﷺ

---

١. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣، ح ٩٤٠.

٢. معارج الأُصول، ص ٨٣ـ٨٤؛ مبادئ الوصول، ص ١٢١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٩٥، ح ٧٨٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢٠، ح ٤٥٧، وفيهما: «هبتها له».

٤. سبق تخريجها في ص ١٤٤، الهامش ٤.

٥. الكافي، ج ٧، ص ٧، باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله مادام حيّاً، ح ٢؛ الفقيه، ج ٤، ص ٢٠٢، ح ٥٤٧١؛ تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨٧، ح ٧٥٣؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢١، ح ٤٥٩. وفي جميع المصادر: «جائزٌ له».

٦. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٩٠، ح ٧٦٤؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢١، ح ٤٦١.

قال: «الميّتُ أحقُّ بمالِهِ مادامَ فيه الروحُ يُبِينُ بـه». ثـمّ قـال: «فـإنْ تـعدّى فـليس له إلّا الثلثُ»[1].

وخامسها: ما رواه سَماعةُ عن أبي بصيرٍ عن أبي عبدالله عليه السلام قـال: قـلت له: الرجـل له الولد أيَسَعُه أنْ يجعلَ مالَهُ لِقَرابَتِهِ؟ فقال: «هـو مـالُه يَـصْنَع بـه مـا شـاء إلى أن يَأتِـيَه الموتُ، فإنْ أوصى بـه فـليس له إلّا الثُـلثُ، إلّا أنّ الفَـضْلَ فـي أنْ لا يُـضيِّعَ مـن يَـعُولُه ولا يَضُرَّ بورثته»[2].

والجواب: منعُ كلّيّةِ الكُبرى في الأوّل؛ والحديث مخصوص بالروايات المتقدِّمةِ؛ لأنّها خاصّةٌ والخاصُّ مُقدَّمٌ على العامّ، والأصل لا يتِمُّ مع وجود الدليل على خـلافه. والثـالث ضعيفٌ جدّاً؛ لعدم الملازَمَةِ. ولا يلزم من الصحّةِ اللزومُ. ولو قال: «لولا لُزُومُها في الحالِ لما لَزِمَتْ بالبُرءِ» ولم ينفعه؛ لأنّ من الجائز أنْ يكونَ الموتُ كاشفاً عن الفَساد. والبُرءُ كاشفاً عن الصحّةِ. واللزومُ كتصرُّف الفضولي. والرواياتُ في طريقها عمّار وسـماعة. وهـما فـاسدا الرأي. فلا تُعارِضُ روايتُهما الصحاحَ. وهو يُشكِلُ بما أنّهما ثِقَتانِ. ومتونُ رواياتِهما أقوى من متونِ الرواياتِ المتقدِّمة. و رُبما رُجِّحَ القولُ الأخيرُ[3] و نصرَهُ الشيخُ في الاستبصار[4]؛ والاعتمادُ على الأوّلِ.

---

١. الكافي، ج ٧، ص ٨، باب أنّ صاحب المال أحـقّ بـماله مـادام حـيّاً، ح ٧؛ الفـقيه، ج ٤، ص ١٨٦، ح ٥٤٢٩؛ تـهذيب الأحكـام، ج ٩، ص ١٨٨، ح ٧٥٦؛ الاسـتبصار، ج ٤، ص ١٢٢، ح ٤٦٣. فـي تـهذيب الأحكـام والاستبصار: «فإنْ قال بَعدي» بدل «فإنْ تعدّى»؛ وقال العلّامة المجلسي في ملاذ الأخيار، ج ١٥، ص ٧٦، في ذيل الحديث: «وفي بعض النسخ: فإن قال بعدي، وهو أظهر».

٢. الكافي، ج ٧، ص ٨، باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله مـادام حـيّاً، ح ١٠؛ تـهذيب الأحكـام، ج ٩، ص ١٨٨، ح ٧٥٥؛ الاستبصار، ج ٤، ص ١٢١ ـ ١٢٢، ح ٤٦٢. وفي جميع المصادر ـ بعد قوله: «أن يأتيه الموت» ـ: «إنّ لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء مادام حيّاً، إن شاء وهبه وإنْ شاء تصدّق بـه وإنْ شـاء تـركه إلى أن يأتـيه الموت».

٣. لعلّ المرجِّحَ هو الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٩١، لقوله: والأشبه أنّ جميع تصرّفاته من الأصل.

٤. الاستبصار، ج ٤، ص ١٢١.

● ولو بَرَأ لزِمَتْ إجماعاً، سَواءٌ كانَ المرضُ مَخوفاً أو لا على رأيٍ، ولا اعتبارَ بوقتِ المُراماةِ والطَلْقِ وتَموّجِ البحرِ.

قوله ﷺ: «ولو بَرَأ لَزِمَت إجماعاً، سواءٌ كان المرضُ مَخُوفاً أو لا على رأيٍ».

أقول: اعلم أنّ للمرض طرفَينِ وواسطةً:

الأوّلُ: ما له حكمُ الصحّةِ، كوجعِ العينِ والضِرسِ، وحُمّى يومٍ، والفالجِ [١]، والسِلِّ المستمرّ؛ لِتَطاوُلِ زمانِهما، فهذا ليس بِمَخُوفٍ.

الثاني: ما عُلِم الموتُ معه عادةً، كقطعِ الحُلقومِ والمَرِئ، وشَقِّ الجوف، وإخراجِ الحَشْوَةِ.

وأمّا الواسطةُ: فالمرضُ الذي لا يَبْعُد معه التلفُ ولا يُتَيقَّنُ معه، كالحُمّى المُطْبِقةِ لا كحُمّى الربعِ [٢] والغِبِّ [٣] ـ إلّا أنْ يَنضَمَّ إليها بِرْسَامٌ [٤] أو رُعَافٌ [٥] دائمٌ أو ذاتُ جَنْبٍ [٦] ـ والطاعونِ، والإسهالِ المفرِطِ، وابتداءِ الفالجِ [٧]، والجرحِ الواصلِ إلى الدماغِ، والحاصلِ في اليدِ والفَخِذِ مقارناً للانتفاخِ والألمِ والضربانِ أو التآكُل لا مع عَدَمِها. فلو أشكَلَ المرضَ رجع إلى الأطبّاءِ المسلمينَ العدولِ فيه، ولا بدَّ من شاهدَين. أمّا المُنْذِرُ بالموتِ ولا يَمسُّ البدنَ ـ كظهور الطاعون، وإقامة البيّنةِ عليه بما يوجبُ القتلَ،

---

١. الفالج: ...استرخاءٌ لأحد شقّي البدن لانصباب خلطٍ بَلْغَمِيٍّ تَنسدُّ منه مسالك الروح. القاموس المحيط، ج ١، ص ١٢١، «فلج».

٢. الرِبعُ في الحُمّى، أن تأخذ يوماً وتدع يومين ثمّ تجيء في اليوم الرابع. الصحاح، ج ٣، ص ١٢١٢، «ربع».

٣. الغِبّ: أن ترد الإبل الماء يوما وتدعه يوماً.... وكذلك الغِبُّ في الحُمّى. الصحاح، ج ١، ص ١٩٠، «غبب».

٤. البِرسام: بالكسر علّة يهذى فيها نعوذ بالله منها، وهو ورم حارّ يعرض للحجاب الذي بين الكبد والأمعاء ثمّ يتّصل إلى الدماغ. تاج العروس، ج ٨، ص ١٩٩، «برسم».

٥. الرُعاف: الدم يخرج من الأنف. الصحاح، ج ٣، ص ١٣٦٥، «رعف».

٦. ذات الجنب: هي الدُبَيْلَةُ والدُمَّلُ الكبيرة التي تظهر في باطن الجنب وتنفجر إلى داخل، وقلّما يَسْلَم صاحبها. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ١، ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤، «جنب».

٧. قال العلّامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٣٠: وكغلبة البلغم وهو ابتداء الفالج فإنّه مخوف في الابتداء؛ لأنّه يعقل اللسان ويسقط القوّة، فإنْ صار فالجاً تطاول.

ولو عاوض المريضُ بجميعِ التَركةِ بثَمَنِ المثلِ صحّ ● ولو خصّص نصيبَ كلّ وارثٍ في عينٍ فالوجهُ اعتبارُ الإجازةِ.

وحالِ المراماةِ والطَلْقِ [١] مع عدم موتِ الولدِ، وكالأسيرِ إذا وقع في أيدي المشركينَ، ورُكوبِ البَحرِ وقتَ التَمَوُّجِ ـ فليس بِمَرَضٍ عندنا ؛ ولا خلافَ أنّه لا يَمْنَعُ من التبرُّعاتِ.

إذا عرفتَ هذا فلأصحابنا القائلينَ بِأنّ منجَّزاتِ المريضِ من الثلثِ هنا قولان:

أحدُهما: أنّ المَخُوفَ يمنعُ من الزائدِ على الثلثِ، وغَيرَه لا يمنعُ، وهو مَذْهبُ الشيخِ في المبسوطِ [٢] ؛ لأنّ غير المَخُوفِ جارٍ مَجرى الصحّةِ ؛ ولروايةِ ابن يقطين المتقدِّمةِ [٣]. فإنّ فيها «عند الموتِ»، وذلك لا يكونُ إلّا عند أمارةِ الموتِ.

و [ثانيهما] : ذهب الشيخُ نجمُ الدين [٤] والمصنِّفُ إلى أنّ كلَّ تصرُّفٍ وقَعَ في مرضٍ اتّفقَ معه الموتُ فإنّه من الثلثِ، سواءٌ كان مَخُوفاً أولا [٥] ؛ لحصول مُسمّى المرضِ الذي تتناولُه الرواياتُ من غير تخصيصٍ، والعمومُ لا يُخَصَّصُ بِذِكر بَعضِه، ودَلالةُ المفهومِ ضعيفةٌ، على أنّ قولَه: «عند الموت» يُمكِنُ أنّ معناه إذا حصل الموتُ، وهو أعمّ من المَخُوفِ وغَيرِه.

قوله ﷺ: «ولو خَصّصَ نصيبَ كلّ وارثٍ في عَيْنٍ فالوجهُ اعتبارُ الإجازةِ».

أقول: يُريدُ لو كان له وارثٌ متعدِّدٌ كابنينِ مثلاً وخَصَّصَ نصيبَ كلّ واحدٍ منهما في عينٍ بقدرِ نَصيبه، فالوجهُ وقوفُه على الإجازة، وإنّما كان وجهاً ؛ لتساوي الورّاثِ في أعيانِ أموالِه، وتعلُّقِ الغرضِ بكلّ عَينٍ منها، فترجيحُ بعضِهم بإعطاءِ العَينِ المعيَّنَةِ دونَ ماعداه

---

١. الطَلْق: وَجع الولادة. الصحاح، ج ٣، ص ١٥١٧، «طلق» ؛ قال الشيخ في المبسوط ج ٤، ص ٤٦: إذا ضرب الحامل الطَلْق فلها ثلاثة أحوالٍ، حال قبل الطَلْق، وحال مع الطَلْق، وحال بعد الطلق، فما قبل الطلق لايكون مخوفاً ؛ وما يكون حال الطلق يكون مخوفاً، وقال بعضهم لايكون مخوفاً ؛ وما يكون بعده فإن لم يكن معه دم ولا ألم، فلا يكون مخوفاً، وإن كان معه دم وألم يكون مخوفاً.

٢. المبسوط، ج ٤، ص ٤٤ ـ ٤٥.

٣. تقدّم تخريجها في ص ٣٢٧، الهامش ١.

٤. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٧.

٥. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٢٩ ؛ تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٨٥ ـ ٣٨٦، الرقم ٤٨٦٠.

ولو أقرّ وكان متّهماً فهو مِنَ الثُلثِ، وإلّا فَمِنَ الأصلِ، سَواء الوارثُ وغيرُه.

ولو جَمَعَ بينَ المنجّزةِ والمؤخّرةِ قُدِّمَتِ المنجّزةُ مِنَ الثلثِ، فإنْ بقي شيءٌ صُرِفَ في المؤخّرةِ.

ولو تعدّدتِ المنجّزاتُ المتبرَّعُ بها بُدِئَ بالأوّلِ فالأوّل.

● ولو باع الرِبوي المستوعبَ للترِكَةِ بمساويه جنساً، وقيمتُه الضِعفُ تَرادَّ مع الورثةِ في ثُلثِ المبيعِ.

مع تَساويهم في النَسبِ يكونُ وصيَّةً أو تصرُّفاً منجّزاً من غير عِوضٍ عليه، وكلُّ ما كان كذلك وقفَ على الإجازَةِ مع الزيادةِ على الثلثِ.

ويُحتَملُ نفوذُ التخصيصِ ولا يتوقّفُ على الإجازةِ؛ لأنّ كلَّ وارثٍ يستحقُّ في تَرِكَتِه مقدارَ ما خصّصه به، والمعتَبرُ القيمةُ، فجرى مَجرى ما لو باعَ بِثَمَنِ المثلِ، وهو ضعيفٌ؛ لظُهورِ الغرضِ في أعيانِ الأموالِ.

قوله ﷺ: «ولو باع الرِبويَ المستوعِبَ للتَرِكَةِ بمساويهِ جِنساً، وقيمتُه الضِعفُ تَرادَّ مع الورثةِ في ثُلث المبيعِ».

أقول: الضمير في قوله: «وقيمته الضِعفُ» يَرجِع إلى الرِبوي الذي باعه، أي وقيمةُ ما باعَه الضعفُ. كأنْ يَبيعه قَفيزَ حِنطَةٍ يساوي ستّةَ دَنانيرَ بقفيزِ حنطةٍ يُساوي ثلاثةَ دنانيرَ ولا شيء له سواه، فقد حاباه بنصف تَرِكَتِه، وهي غيرُ جائزةٍ فيمازادَ على الثلثِ، فلا يُمكن القولُ بصحّةِ البَيع في المَبيعِ أجمعَ؛ لمنافاته خروجَهُ من الثلثِ، ولا البطلانِ فيه أجمعَ؛ لأنّه عقدٌ صدَرَ من أهله في محلِّه فكانَ مُعتَبَراً في نظرِ الشارعِ، فتَعَيّن الصحّةُ في البعض والفسادُ في الباقي. ولا يجوز ردُّ سُدسِ القفيزِ على الورثةِ لتبقى المحاباةُ في الثُلثِ وإلّا لَزِم الربا المنهيُّ عنه في البَيْع[1] إجماعاً. فالطريقُ إلى تحصيلِ قدرِ المُحاباةِ وهو الثُلثُ من غَير لزومِ رِباً أنْ يترادّا ثُلثَ قَفيزٍ، فتأخذ الورثةُ من المشتري ثُلثَ قفيزهم وهو يساوي دينارَين، ويردُّون عليه ثُلث قفيزِه وهو يُساوي ديناراً، فيجتمعُ مع الورثةِ أربعةُ دنانيرَ، ويبقى مع

---

١. البقرة (٢): ٢٧٥ ـ ٢٧٦ و ٢٧٨ ـ ٢٧٩؛ آل عمران (٣): ١٣٠؛ النساء (٤): ١٦١.

....

المشتَري أربعةُ دنانيرَ، ديناران في مقابل قيمة ثلثَي قفيزه، وديناران بالمُحاباة؛ ومع الوَرَثَةِ بقدرِها مرَّتين.

ولو كان قيمةُ قفيزِه تسعةَ دنانيرَ والحالُ هذه فقد حابا بثُلثي تَرِكَتِه فيترادّانِ النصفَ، فيرجعُ إلى الورثةِ نصفُ قفيزهم، وهو يساوي أربعةَ دَنانيرَ ونصفاً، وقد بقي معهم نصفُ قفيزه، وهو يساوي ديناراً و نصفاً، فيكمل معهم ستّةُ دنانيرَ، ويبقى معه من قفيزِهم نصفُه، وهو يساوي أربعةَ دنانيرَ ونصفاً، دينارٌ ونصفٌ في مُقابَلَةِ نصفِ قفيزه، و يبقى معه ثلاثة دنانير بالمحاباة، فما مع الورثةِ بقدرما صحَّتِ المحاباةُ فيه مرَّتَين.

والضابط فيه: أنّه يجب أنْ يَبقى مع الورثةِ ضِعفُ ما صحَّتْ فيه المحاباةُ مِن غَير لُزومِ الربا؛ و طريقُهُ أنْ تُسْقَطَ قيمةُ قفيزِ المشتَري من قيمةِ قفيز الورثةِ ويُنْسَبَ ثُلثُ المَبيعِ إلى الباقي فيصحُّ البيعُ في تلك النسبةِ، ففي المسألةِ الأُولى إذا أُسقِطَ ثلاثةُ دنانير من ستّةٍ بقي ثلاثةٌ، فإذا نُسِبَ إليها ديناران كان ثُلثَيها فيصحُّ البيعُ في ثُلثَي كلٍّ واحدٍ، وتَرادّا الثُلثَ. وفي الثانيةِ إذا أُسقِط ثلاثةُ دنانيرَ من تسعةٍ بقي ستّةٌ، فإذا نُسِبَ الثلثُ إليها، وهو ثلاثةُ دنانيرَ كان النصفَ، فيصحُّ فيه، ويترادّانِ النصفَ الآخَرَ.

والأصلُ فيه أنْ نقولَ: إنّ المسألَةَ دَوريّةٌ، وذلك؛ لأنّه لَمّا تَقرَّرَ أنّ البَيْعَ أنّما يصحُّ في البعضِ بالبعضِ توقّفتْ معرفةُ قَدْرِ المَبيعِ على معرفةِ قدرِ مالِ المَيِّتِ؛ لاشتمالِهِ على محاباةٍ لا تُخرَجُ إلّا من الثُلثِ، فتجبُ معرفةُ الثُلثِ المتوقِّفِ على معرفَةِ قدرِ المالِ، لكنْ معرفةُ قدر المالِ تتوقَّف على معرفةِ قدرِ الثمن؛ لأنّه من جُمْلَةِ مالِه، ومعرفةُ قدرِ الثمنِ تتوقَّفُ على معرفةِ قدرِ المبيعِ، فيدوُر، فحينئذٍ نقول:

في المسألة الأُولى: صحَّ البيعُ في شيءٍ من الجيِّدِ بشيءٍ من الرديءِ قيمتُه نصفُ شيءٍ، فتكونُ المحاباةُ بنصفِ شيءٍ يُلقى من الجيِّد يبقى قفيزٌ إلّا نصفَ شيءٍ يَعْدِلُ مِثلَي المحاباة، وذلك شيءٌ، فإذا جبرتَ وقابلتَ صار القفيزُ يعدلُ شيئاً ونصفاً، فالشيءُ ثلثا القفيزِ، فيصحُّ البيعُ في ثُلثي الجيِّد بثُلُثَي الرديءِ.

وفي الثانية نقول: صحَّ البيعُ في شيءٍ من الجيِّد بشيءٍ من الرديءِ قيمتُه ثلثُ شيءٍ،

....

فالمحاباةُ بثُلثي شيءٍ يُلقى من الجيِّدِ يبقى قفيزٌ إلّا ثُلثي شيءٍ يعدلُ شيئاً وثُلثاً وهو مِثلاالمحاباةِ. فإذا جبرتَ وقابلتَ صار القفيزُ يَعدلُ شيئينِ، فالشيءُ نصفُ القفيزِ.

أوتَنسِبُ الرديءَ إلى الجيِّد وتَستَخرِجُ قدرَ المحاباةِ فللورثة ضِعفُها من الجيِّد والرديء.

فنقول في الأُولى: صحَّ البَيْعُ في شيءٍ من الجيِّد بنصفِ شيءٍ من الرديء، فالمحاباةُ بنصف شيءٍ فللورثة شيءٌ، وقد حصل لهم من الرديء نصف شيءٍ فيبقى لهم من الجيِّد نصفُ شيءٍ آخَرَ، فيبطلُ البيعُ في مقابلتِهِ، وهو رُبعُ شيءٍ من الرديء فالجيِّدُ في تقديرِ شيءٍ ونصف، والرديء في تقدير نصفِ شيءٍ ورُبع، فالشيءُ أربعةُ دنانيرَ وهو ثلثا المبيعِ فيصحّ في ثُلثيه بثُلثَي الثمن.

ونقول في الثانية: صحَّ البَيعُ في شيءٍ من الجيِّد بثُلث شيءٍ من الرديء، فالمحاباةُ بثُلثي شيءٍ، فللورثة شيءٌ وثلث، ليكون بقدرها مرّتين، والشيءُ من الجيِّد، فيبطل مِنَ الرديء في ثُلثِ شيءٍ، فالجيِّدُ في تقديرِ شيئين، والرديء في تقدير ثُلثَي شيءٍ، فالشيءُ أربعةٌ ونصفٌ، وهي نصفُ الجيِّد، فيصحّ البيعُ في نصفِه بنصفِه.

وبالخطأينِ الأصغر:

نقول في الأُولى: صحّ البَيعُ في نصفِ القَفيزِ، فالمحاباةُ بالربع، وكان يجب كونُها بالثلثِ، فوقعَ الخطأُ بنصفِ سُدسٍ. ثمّ نقول: صحّ في ثلثِهِ بثلثه، فالمحاباة بالسدس، فوقع الخطأُ بسدسٍ. فنقول: لمّا نقصنا عن المقدارِ الأوّلِ سدساً زادَ على الخطإ الأوّلِ نصفُ سدسٍ، فعرفْنا أنّ كلَّ سُدسٍ من المبيعِ يزيد نصفَ سُدسٍ من الخطإ فزدنا السدسَ على النصف، وقُلنا: صحّ البيعُ في الثلثين حتّى زالَ الخطأُ الذي هو نصف السدس.

ونقول في الثانية: صحّ البيع في ثُلثِ قفيزٍ بمثلِه، فالمحاباةُ بدينارَينِ، وكان يجبُ أنْ يكونَ بثلاثةٍ فأخطأنا بواحدٍ، ثمّ نقولُ: صحَّ البيعُ في سدسٍ بسدسٍ فالمحاباةُ بواحدٍ فأخطأنا باثنين [فإذا كانَ نقص سدسٌ يزيدُ الخطأُ واحداً][1] فكلُّ سُدسٍ من المَبيعِ يزيدُ

---

[1] . مابين المعقوفين زيادة من «ض».

● ولو باع التّرِكَةَ بمثلِ نصفِها قيمةً صحّ في نصفِها بمقابِلِه مِنَ الثّمَنِ، وفي الثُّلثِ بالمُحاباة، ورجع إلى الورثةِ السُّدسُ.

واحداً من الخطإ، فزدنا سدساً على الثُّلثِ المفروضِ أوّلاً فكان نصفاً، فزالَ الخطأُ به، وصحّ البيعُ في نصف القفيزِ الجيّدِ بنصفِ الرديء.

وبالخطأين الأكبر.

نقول في الأُولى: صحّ البيعُ في خمسةِ أسداسِ الجيّدِ بمثلِها من الرديء، فالمحاباةُ بدينارين ونصفٍ، وكان يجب كونها بدينارين، فوقعَ الخطأُ بنصفٍ زائدٍ، ثمّ نقول: صحّ البيعُ في نصفٍ بنصفٍ، فالمحاباةُ بدينارٍ ونصفٍ، فأخطأ الحسابُ بنصفٍ ناقصٍ، فنضمُّ أحدَ الخطأين إلى الآخرِ يكونُ واحداً وهو المقسومُ عليه، ثمّ نَضْرِبُ العدَدَ الأوّل وهو خمسةُ دنانيرَ في الخطإ الثاني وهو نصفٌ، يكونُ اثنينِ ونصفاً، ثمّ نَضرِبُ العددَ الثاني وهو ثلاثة في الخطإ الأوّل و هو نصفٌ، يكون واحداً ونصفاً، فنضمُّها إليها فتكونُ أرْبَعةً، فإذن الذي صحّ فيه البَيْعُ أربعةٌ؛ لأنّها هي المقسومةُ على واحدٍ، وقدرُها ثُلثا المَبْيعِ، فيصحُّ في ثُلُثَي قفيزٍ جيّد بمثلِها من الرديء.

ونقول في الثانية: صحّ البيعُ في الثُلثين بهما فالمحاباةُ بأربعةٍ، وكان يجب أن تكونَ بثلاثةٍ، فأخطأ الحسابُ بواحدٍ زائدٍ. ثمّ نقولُ: صحّ في خمسةِ أتساعِ الجيّدِبمثلها من الرديء، فالمحاباةُ بثلاثةٍ وثُلثٍ، وكان يجب أنْ تكونَ بِثلاثةٍ، فأخطأبثُلثٍ زايدٍ فتُلقي أقلَّ الخطأين من الأكثر يبقى ثُلثان، هو المقسوم عليه، ثمّ تَضرِبُ العددَ الأوّلَ وهو ستّةٌ في الخطإ الثاني وهو ثُلثٌ يكون اثنين، ثمّ الثاني وهو خمسةٌ في الأوّلِ وهو واحدٌ يكون خمسةً، فَألْقِ أقلَّ العددينِ من الأكثرِ تبقى ثلاثةٌ هي المقسومُ، فَتَضربُ الثلاثين في مخرجهما يكونان اثنين، ثمّ تَضرِبُ الثَلاثةَ في ثلاثةٍ، تكون تسعةً، فَتَقْسِمُها على اثنين يكونُ الخارجُ بالقسمةِ أربعةً ونصفاً، فيصحُّ في نصفِ الجيّد بنصفِ الرديء.

قوله رحمه الله: «ولو باع التّرِكَةَ بمثل نصفها قيمةً صحّ في نصفِها بمُقابِلِه من الثمن، وفي الثُلث بالمحاباةِ، ورجع إلى الوَرَثَةِ السدسُ. وطريق ذلك أنْ تَنْسِبَ الثمنَ وثُلثَ المَبيعِ إلى قِيمَتِهِ، فيصحُّ البَيع في مقدارِ تلك النسبة وهو خمسةُ أسداسه.

وطريقُ ذلك أنْ تَنسِبَ الثَمنَ وثُلثَ المبيعِ إلى قيمتِه، فيصحُّ البيعُ في مقدارِ تلك النسبةِ وهو خَمسةُ أسداسِه.

والأقوى عندي صحَّةُ البيعِ في ثُلثَيه بثُلثي الثمنِ ـ كالرِبَوي ـ لأنّ فسخَ البيعِ في البعضِ يقتضي فسخَه في قدرِه منَ الثَمنِ وكما لا يصحُّ فسخُ البيعِ في الجميعِ معَ بقاءِ بَعضِ الثمن كذا لا يصحُّ في البعضِ مع بقاء جميعِ الثمنِ.

وطريقُه أن تُسقِطَ الثمنَ مِنْ قيمةِ المبيعِ، وتَنسِبَ الثُلثَ إلى الباقي، فيصحُّ في قدر تلك النسبةِ وهو ثُلثاه بثُلثي الثمنِ.

ولو كان يساوي ثلاثين وباعه بعشرةٍ صحَّ في النصفِ بنصفِ الثمنِ، وعلى الأوَّلِ يأخذ ثلثي المبيعِ بجميعِ الثمن.

والأقوى عندي صحّةُ البيع في ثُلثَيه بثُلثي الثمنِ ـ كالرِبوي ـ لأنّ فسخَ البَيع في البعضِ يَقتَضي فَسخَهُ في قَدْرِه من الثمن، وكما لا يصحُّ فسخُ البَيعِ في الجميعِ مع بقاءِ بعضِ الثمنِ كذا لا يصحُّ في البعضِ مع بقاءِ جميعِ الثَمنِ. وطريقُه أن تُسقِطَ الثمنَ من قيمةِ المبيعِ، وتَنسِبَ الثُلثَ إلى الباقي، فيصحُّ في قدرِ تلك النسبةِ، وهو ثُلثاهُ بثُلثَي الثمن.

ولو كان يُساوِي ثلاثين و باعَه بعشرةٍ صحَّ في النصفِ بنصفِ الثمنِ، وعلى الأوّلِ يأخُذُ ثُلثَي المَبيعِ بجَميعِ الثمنِ».

أقولُ: الأوّلُ مذهبُ الشيخِ [1] والمحقّقِ [2] والمصنّفِ في التلخيص [3] والتحريرِ في وجهٍ [4]؛ لأنّ المُشتَري مَلَكَ الجميعَ بالثمنِ؛ ولهذا لو بَرِئَ لَزِمَ في الكلِّ. ولمّا اقتضى ذلك الحَيْفَ بالزيادة عن الثُلث رُدَّ إلى الورثةِ من التَركةِ السدسُ؛ لِيَفْضُلَ معهم مِثلا المحاباةِ مِنَ الثَمَنِ والمُثمن، بخلاف الرِبوي لمانعِ الربا؛ لأصالة لزومِ البيعِ من الجانبين. والضرر يندفع بذلك، فيكون فسخُ شيءٍ مِنَ الثمنِ خلافَ الأصل؛ ولأنّ العقدَ اشتَملَ على بَيْعٍ وعطيّةٍ،

---

١. المبسوط، ج ٤، ص ٦٤.

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٠٨.

٣. تلخيص المرام، ص ١٥٨.

٤. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٨٧، الرقم ٤٨٦٢.

● ولو أعتق في المرض و تزوّج و دخل صحّ الجميعُ، و وَرِثَتْ إنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُلث.

ومحلُّ العطيّة هو الزائدُ عن مُقابِلِ ثَمَنِ المَبيعِ؛ لأنّ معناها هُنا إزالةُ المريضِ مِلْكَهُ تَبرُّعاً من غير لُزومٍ، وهو لا يتحقَّقُ إلّا في الزائدِ، فيكون محلُّ البيعِ هو الباقي، فكأنّ العقدَ واقعٌ بكلِّ الثمنِ على الباقي، وبه علَّلَ الشيخُ في شُفعةِ المبسوطِ حكايةً[1].

وقال المصنّفُ هنا وفي متأخّراتِ مصنّفاته:

إنّه كالربوي؛ لأنّ فَسْخَ البَيعِ في بعضِ المبيع يقتضي فَسخَه في قدرِه مِنَ الثمنِ؛ لوجوبِ مُقابَلَةِ أجزاء المبيعِ بأجزاء الثمنِ، فكما أنّه لا يجوزُ فسخُ البَيعِ في جَميعِ المَبيعِ مع بَقاءِ بعضِ الثَمَنِ قَطعاً، فكذا لا يَجوزُ فسخُ بعضِ المَبيعِ مع بَقاءِ جميعِ الثَمنِ، وإذا امتنعَ ذلك وجبَ الفسخُ فيهما؛ ولأنّ في ذلك مقابلةَ بعضِ المبيعِ بقسطِهِ من الثمنِ عند تعذُّرِ مقابَلَةِ الجميعِ بالجميعِ، كما لَوِ اشتَرى سِلْعَتَين وانفسخَ العقدُ في إحداهُما ـ لاستحقاقٍ أو غيره ـ فإنّه يأخذُ الأُخرى بالقسطِ من الثمنِ، وكمشتَري الشِقص و شيءٍ، فيأخذُ الشفيعُ الشقصَ؛ ولأنّ الأوّلَ يقتضي المخالفةَ بينَ الإيجابِ والقبولِ، فأشبه ما لو باعَه بمائةٍ فَقَبِلَ نصفَه بها[2].

وأقول: في الكلِّ نظرٌ؛ لأنّ الظاهرَ أنّه في المتنازَعِ فيه قَدِ اشتمل العقدُ على بَيعٍ وهبةٍ من المريض ـ كما قرّرناه ـ ولهذا فإنّه يُسمّى بَيعاً مشتملاً على محاباةٍ، فحينئذٍ لا مساواةَ بَيْنَه وبينَ ما مثَّل بِهِ المصنّفُ من الصور؛ لأنّ ذلك بَيعٌ محضٌ. وأمّا الطرقُ وأُصولُها فظاهرةٌ ممّا تقدَّم.

قوله ﷺ: «ولو أعتقَ في المرضِ وتزوَّجَ ودخلَ صحَّ الجميعُ، وَ وَرِثَتْ إنْ خرجتْ من الثُلث».

أقول: هنا مسألتانِ:

الأُولى: أنْ يُعتِقَ أمَتَه في مرضِ المَوتِ ويَتَزوَّجها، ويجعلَ عِتْقَها صَداقَها، ويَدخُلَ بِها؛ وتخرجَ مِنَ الثُلثِ. ولم يُصرِّحْ أكثرُ الأصحابِ بأنّه جعل عتقَها صَداقَها ـ ولابدّ منه ـ وإلّا

١. المبسوط، ج ٣، ص ١٤٣ ـ ١٤٤.

٢. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٣٨٢، المسألة ١٦٤؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٣٦.

● ولو كان قيمتُها الثلثَ وأصدَقَها مثلَه ودَخَل صحَّ النكاحُ وبطل المسمّى، فإنْ كان مهرُ المثلِ مثلَ القيمةِ عتق ثلاثةُ أرباعِها، ولها ثلاثةُ أرباعِ المسمّى؛ ولو كان مهرُ المثلِ نصفَ القيمةِ عتق بقدر سُبْعَي التركَةِ، ولها سُبعٌ آخَرُ بالمهرِ.

لاعْتُبِرَ المهرُ مِنَ الثُلثِ أيضاً؛ اللهمّ إلّا أنْ يَتزوَّجَها مفوَّضةَ البُضعِ أوِ المَهْرِ. وعلى التقدير المذكور لا كلامَ في صحَّتها.

والإرثُ لاجْتماعِ الشرائِطِ [في احتمال][1].

الثانية: أنْ لا تَخرجَ مِنَ الثُلث، بأنْ كان قيمتها مائةً وليس له سِواها، فإنّه يُعتَقُ ثلثُها على مَذهب المصنِّفِ، ولا تَرِثُ؛ لِبُطلانِ النكاحِ. وهل لها شيءٌ من نفسِها باعتبار الوطءِ؟ يُحتَمَلُ عدمُه؛ لأنّه لم يَجعل لها عوضاً خارجاً عن رَقَبتِها وقد صارتْ لِلْوَرَثَةِ، فكأنّها رَضِيَتْ باستيفاءِ البُضعِ بغير عوضٍ.

ويُحتملُ أنْ يكونَ كالتي أمهرَها قدرَ قيمتِها، فإنْ كان مَهرُ مثلِها بِقَدرِ قيمتِها صحَّ العتقُ في شيءٍ ولَها مِن مَهرِ المِثْلِ شيءٌ، ولِلوَرَثةِ شيئانِ، فيكونُ في تقديرِ أربعةِ أشياءَ، فينعتقُ رُبعُها، ولها من نفسها رُبعٌ آخَرُ بالمهرِ؛ لأنّ إمهارَهُ إيّاها نفسَها جارٍ مَجرى إمهارِها عيناً بقدرِها.

وربما قيل: ببطلانِ العتقِ أصلاً؛ لأنّه لم يُعتِقْها إلّا على تقديرِ التزويجِ، وقد بطلَ. هذا على التقديرِ الأوّلِ، وعلى الثاني لا كلامَ في عتقِ شيءٍ منها. ويقوى هنا الاحتمالُ الثاني؛ لأنّ استيفاءَ البُضعِ لا يَخلُو عن عِوَضٍ هنا.

قولهﷺ: «ولو كان قيمتُها الثُلثَ وأصدقَها مثلَه ودخلَ صحَّ النكاحُ وبطل المُسمّى، فإنْ كان مهرُ المثلِ مثلَ القيمةِ عتقَ ثلاثةُ أرباعِها، ولها ثلاثةُ أرباع المُسمّى؛ ولو كان مهرُ المِثل نصفَ القيمةِ عتقَ بقدر سُبعي التركَةِ، ولها سُبعٌ آخَرُ بالمهر».

أقول: يريدُ لو كان له جاريةٌ قيمتُها ثُلث تَرِكَتِه كعشرة مثلاً، وله عشرون، فأعتقها وتزوَّجها بعشرةٍ أُخرى ودخل بها. فالكلام هنا في مواضعَ:

الأوّل: صحَّةُ النكاحِ في الحالِ؛ لوجودِ المقتضي، وهو صدورُ العقدِ مِن أهله في محلِّه، وانتفاءِ المانعِ. والمرادُ بالصحَّة هنا أنّه يستبيح وطأها في الحال بذلك العقدِ، لا أنّه محكومٌ

---

١. ما بين المعقوفين إضافة من «أ».

ولو أعتقَ عبدَه ولا شيء غيره عَتَقَ ثُلُثُه، ولو أعتق ثُلثَ عبدِه وله ضعفُه عَتَقَ أجمع، ولو قَضى بعضَ الديونِ صحّ، ولو أوصى لم يَصحّ مع القصور.

بصحّتِه إلى الموتِ، وإلّا لوَرِثَتْ حينئذٍ؛ ولأنّه يبطل عتقُ بعضِها في الصورتَين قطعاً، وهو مقتضٍ للبُطلانِ يقيناً.

الثاني: بُطلان المُسمّى، وإلّا دارَ؛ لتوقُّفِ صحّتِه على ثبوتِ النكاحِ المتوقِّفِ على العتقِ المتوقِّفِ على بُطلان المهرِ؛ لقصور الثُلث عن قيمتها مع صحّتِه.

الثالث: ثبوتُ مَهرِ المِثل، كما أفتى به المصنِّفُ هنا التزاماً، وفي غَير هذا الكتابِ مطابَقةً؛ لجريانه مَجرى أرشِ الجناية [١] التي هي مِنَ الأصل. ولم يذكره الشيخُ، والمحقّقُ تردَّد فيه، كما مرّ [٢].

لا يقال: ثبوتُه يلزم منه الدور كالمسمّى؛ لأنّه باعتباره تَنقُص التَرِكَةُ، فلا تخرج قيمتُها مِنَ الثُلثِ، فلا تنعتق، فلا يصحّ النكاحُ.

لأنّا نقول: لا يتوقّف ثبوتُه على صحّة النكاح، بل على مجرّد وطئها؛ فالطريق إلى تحصيلِ مِقدارِ العتقِ ونَصيبِه من مَهْرِ المثلِ أنّ مَهرَ المثلِ إمّا أنْ يُساوي قيمتَها أو يَنقُصَ عَنها أو يَزيد.

ففي الأوّل نقول: عتقَ منها شيءٌ، ولها من مهر المثل شيءٌ، وللورثة شيئانِ في مقابلة المُعْتَقِ، لا مقابلةِ المَهرِ؛ لأنّه مِنَ الأصلِ، فالتَرِكَةُ إذَنْ في تقدير أَرْبَعَةِ أشياء، فالشيءُ سَبْعَةٌ ونصفٌ، فينعتقُ ثلاثةُ أرباعِها، ولها ثلاثةُ أرباعِ مَهرِ المثلِ.

قال شيخنا الإمامُ المصنِّفُ: تؤدّى إلى الوَرَثةِ قيمةُ الربع مِنْ مَهر المثلِ، تمامُ قيمَتِها؛ لتُعْتَقَ بأسرها [٣].

وفي الثاني نقول: إذا كان مَهرُ المثلِ بقدر نِصفِ قيمتِها عتقَ منها شيءٌ، ولها من مهر المثل نصف شيءٍ، وللورثة شيئانِ في مقابل المعتَقِ، فالتَرِكَةُ في تقدير ثلاثةِ أشياء ونصفٍ، تبسط فتصير سبعةً، لها ثلاثةٌ، ولهم أربعةٌ فينعتقُ مقدارُ سُبعي التَرِكَةِ مِنَ الجاريةِ، وهو ستّةٌ

---

١. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٩٩، الرقم ٤٨٧٥؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٥٤.

٢. مرّ في ص ٣٢٣.

٣. تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٩٩، الرقم ٤٨٧٥.

ولو أعتق ثلاثَ إماءٍ وليس غيرَهُنَّ أُقرِع، فإنْ تجدَّد حَملٌ لِمَنْ أخرجتْها القرعةُ بعدَ الإعتاق فهو حرٌّ لا قبلَه.

ولو أعتقَ أحدَ الثلاثةِ ولا شيءَ سواهم أُقرِع، فإنْ مات أحدُهم أُقرع بينَه وبينَ الباقين، فإنْ خرجتِ القرعةُ عليه ماتَ حرّاً، وإلّا رِقّاً، ولا يُحتسب مِنَ التركةِ، ويُقرع بينَ الحيَّين.

والاعتبارُ بقيمةِ الموصى بعتقِه بعدَ الوفاةِ، وبالمنجَّزِ عتقُه عندَ الإعتاقِ، والتركَةُ بأقلِّ الأمرينِ منْ حينِ الوفاةِ إلى حينَ القبضِ.

● ولو أعتق العبدَ المستوعبَ فكسب مثلَ قيمتِه عتق نصفُه وله نصفُ كسبه؛ لأنّه لا يُحسب عليه ما حصل له مِنْ كسبِه؛ لاستحقاقِه بجُزئه الحرّ لا منْ جِهَةِ سَيِّده، ولوِ اكْتسب مثليه عتق ثلاثةُ أخماسِه، وله ثلاثةُ أخماس الكسب، ولو كان على السيِّد دينٌ يَستغرق القيمةَ والكسبَ فلا عِتقَ.

أسباعها، ولها بمهر المثلِ سُبعٌ آخَرُ يَكمُلُ منه عتقُها لزوماً أو تخييراً، على اختلافِ قولَي المصنِّفِ[1]. فيفضلُ معها بعدَ العتقِ ثُلثا سُبعِ التركَةِ. وإنّما لم يصحَّ[2] التزويجُ هنا وإنْ حصلَ عتقُ المجموعِ؛ لأنّ عتقَ بعضٍ لم يحصل إلّا بالمهر.

قوله ﷺ: «ولو أعتق العبدَ المُستوعبَ فكسب مثلَ قيمتِه عتقَ نصفُه وله نصفُ كَسبِهِ؛ لأنّه لا يُحسبُ عليه ما حصل له من كسبه؛ لاستحقاقه بجزئه الحرّ لامن جهة سيِّده، ولو اكتسب مِثلَيه عتقَ ثلاثةُ أخماسه، وله ثلاثةُ أخماس الكسب».

أقول: هذا تفريعٌ على أنّ اعتبارَ الثُلثِ عندَ الوفاةِ، فمهما خرجَ مِنَ الثُلثِ عُلِمَ صحَّةُ

---

١. قال في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٥٤ ـ ٥٥٥: ولو أراد الورثة أن يدفعوا حصّتها من مهرها وهو سبعها ويعتق منها سبعاها ويسترقّوا خمسة أسباعها فليس لهم ذلك؛ وقال في تحرير الأحكام الشرعيّة، ج ٣، ص ٣٩٨ـ ٣٩٩، الرقم ٤٨٧٥: ولو أراد الورثة دفع حصّتها من مهرها وهو سُبعاه ويعتق منها سبعاها ويسترقّوا خمسة أسباعها فلهم ذلك، ولو قلنا: يُحسب مهرها من قيمتها، ويسمى فيما بقي وهو ثلث قيمتها كان وجهاً؛ وقال في تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٤٦ (الطبعة الحجريّة): ثمّ السبع المصروف إلى المهر إن رضيت به بدلاً عمّا لها من المهر فذاك، ويعتق عليها حين ملكته لا بالإعتاق الأوّل وإن امتنعت بيع سبعها في مهرها.

٢. في «أ»: «إنّما يصحّ».

....

العتقِ فيه عِندَ الإعتاق؛ وهذه المسألةُ لَمّا رُوعِيَ فيها ذلك لزم الدورُ؛ لأنّه إذا تَبِعَ العبدَ من كسبه شيءٌ وكان الباقي مِنَ التَرِكَةِ زادتْ، فيزيدُ العتقُ، فيَزْدادُ نصيبُه من الكسب، فينقصُ حقُّ السيِّدِ فتنقصُ التَرِكَةُ، فتنتقصُ الحرِّيَّةُ.

فالطريقُ بالجَبرِ أنْ نقولَ:

في المسألة الأُولى: عتقَ منه شيءٌ وله من كَسبه شيءٌ؛ لأنّ كسبَه مِثلُه، وللورثةِ شيئانِ في مقابلِ المُعْتَقِ، وليس لهم شيءٌ مقابل الكسب؛ لأنّه إنّما يُحسبُ عليه ماحَصَلَ له من جِهَةِ السيِّدِ، وهنا حصل له الكسبُ بحرّيّة الجزءِ وإليه أشار بقوله: «لأنّه إنّما يُحسبُ عليه»[1]. وهو جوابُ سؤالٍ مقدّرٍ[2]، فتكون التَرِكَةُ في تقدير أربعةِ أشياء، فالشيءُ نصفُه، فينعتقُ نصفُه، ويتبعُه نصفُ الكسبِ، ويَبْقى مع الورثةِ نصفُه و نصفُ كسبِه، وهو مِثلا ما انعتقَ منه.

وفي الثانية: عتق منه شيءٌ وله من كسبه شيئانِ؛ لأنّ كَسْبَهُ مِثْلا قِيمَتِه، ولِلْورثةِ شيئانِ في مقابلِ المُعتَقِ، فيكونُ هو وكسبُه في تقديرِ خمسةِ أشياءَ، فالشيءُ ثلاثةُ أخماسِ العبدِ، فينعتقُ منه ثلاثةُ أخماسه، ويتبعُه ثلاثةُ أخماسِ كسبِه، ويبقى مع الورثةِ خُمسا كسبِه وخُمسا نَفْسه، وهي تعدل ما عتقَ مرّتين. الأصحُّ أنّه يَصرفُ من كسبه تتمّة نفسِه ويعتق بأسره في الصورتين.

وبالخطأين الأصغر نقول: قيمتُه اثناعشر وكَسَبَ مثلَها، فَنَفْرِضُ أنّه عتقَ منه ثُلثُه، وللورثة ثمانيةٌ، وكان يجبُ أنْ يكونَ لهم أربعة، فأخطأنا بِأربعة؛ ثمّ نقول: عتقَ سُدسُه، فلهم عشرة، فأخطأنا بثمانِيةٍ، فنقول: إذن كلُّ سدسٍ يُوازي ثُلثا مِنَ الْخَطإِ، فيزيدُ على الثُلث سدساً، فيكون نصفاً، فيعتِق نصفُه.

ولو كسب مثليه، قُلنا: عتقَ نَصفُه وللورثةِ ستّةٌ منه، وينبغي أربعة، فأخطأنا باثنين، ثمّ

---

١. لاتوجدُ هذه العبارةُ في كلام المصنّف، والموجود في كلامه: «لأنّه لايحسب عليه».

٢. في حاشية «م»: «تقديره أنّه إذا أخذ شيئاً من الكسب، فَلِمَ لا يأخذ الوارثُ بإزائه شيئين؟ وجوابه: إنّما يجب أخذ الوارث إذا كان المأخوذ من التركة».

● ولو كسب مثلَ قيمته وعلى السيِّد مثلُها صُرِف نصفُه ونصفُ كسبِه في الدَين، وعتق ربعُه وله ربعُ كسبه وللورثةِ الباقي.

نقول: عتقَ خُمساهُ فَلَهم سبعةٌ وخُمسٌ، وينبغي ثلاثةٌ وخمسٌ، فأخطأنا بأربعة، فَعُلِم أنّ كلَّ نصفِ خمسٍ مِنَ العبدِ يُوازي اثنينِ من الخطإ، فيزيد على النصف نصفُ خُمسٍ، أو على الخُمس خُمساً وذلك ليرتفعَ الخطأُ، وذلك لأنّه ثلاثة أخماسه. وبطريق الخطأين الأكبر ظاهرٌ[1].

قوله ﷺ: «ولو كَسَبَ مثلَ قيمتِهِ وعلى السيِّدِ مثلُها صُرِفَ نصفُه ونصفُ كَسبِه في الدَين، وعتق رُبعُه وله رُبعُ كسبِه وللورثة الباقي».

أقول: الدَينُ مقدَّمٌ على الوصيّةِ ولا يَتخَصَّصُ بعضُ أعيانِ التَركَةِ بالصرفِ فيه هنا، بَلِ العدلُ بَسْطُه على المجموعِ، فحينئذٍ نقول: المجموعُ من العبد وكسبِه تَركَةُ السيِّدِ وهما متساويان قدراً، فَيُقَسَّطُ الدَينُ عليهما نصفَينِ، فيبقى نصفُ العبدِ ونصفُ الكسبِ، فَيُفرَضُ فيه مافُرِضَ أوّلاً كأنْ لَيس غيرُه، فيقال فيه: عتقَ منه شيءٌ وله من كسبه شيءٌ وللورثة شيئان، فَنِصفُ العبدِ وباقي كسبِهِ في تقديرِ أربَعةِ أشياءَ، فالشيءُ رُبُعُهُ، فَيَنعتقُ رُبُعُه ويَتْبَعُه رُبعُ كسبِهِ وللورثةِ الباقي؛ و الوجهُ الصَرفُ في العتقِ كما مرَّ.

ولو كان عليه دَينٌ مثلُ قيمتِه و نصفِها و الحال هذه، صُرِفَ ثلاثةُ أرباعهِ ومثلِها مِن كَسْبِهِ في الدَينِ، وصُنِعَ بالباقي كما قلناه. وأمّا لو فُرِضَ استغراقُ الدَينِ لَه ولكسبِه، صُرِفَ الكلُّ في الدَينِ ولا عتقَ.

---

١. ما أثبتناه من قوله: «ولو كسب مثليه» إلى قوله: «وطريق الخطأين الأكبر ظاهر» من «س، م، أ»؛ وفي «ن، ع، ح» هكذا: «ولو كسب مثليه وقيمته عشرة، فنقول: عتق نصفه وبقي للورثة نصفه، وكان يجب أنْ يبقى لهم خُمساه وهي أربعة، فأخطأنا بواحد، ثمّ نقول: عتق منه خمسة وللورثة الخُمس وهو اثنان، فأخطأنا باثنين، فنقول: إذا كان نقص خمسٌ ونصف نقص الخطأ ثلاثة، فكلّ نصف خمسُ ينقصه واحداً،فيزيد على النصف نصف خمس ليزول الخطأ، فنقول عتق منه ثلاثة أخماسه. وطريق الخطأين الأكبر ظاهر».

● ولو أعتق المستوعبَ وقيمتُه عشرةٌ، ثمّ كسب عشرةً ومات قبلَ مولاه فله شيءٌ من نفسِه، ومن كسبِه مثلُه لولدِه، ولسَيِّده شيئان يساويانِ مالَه من نفسِه، فتقسم العشرةُ أثلاثاً، للابن ثُلثُها، وللسَيِّد الثُلثان، وعُلم عتقُ ثلثه.

ونِكاحُ المريضِ مشروطٌ بالدخولِ، فإنْ مات قبلَه بطل ولا مَهْرَ ولا ميراثَ، وإنْ دخل استقرَّ المَهرُ والميراثُ.

ويُكره أنْ يطلِّق، فإنْ فعل وَرِثَتْهُ إلى سَنةٍ في البائنِ والرجعي ما لم يبرأ أو تتزوّج بغيره، ويرثها هو في الرجعيّةِ ما دامت في العِدَّةِ، ولا ترثُه في اللعانِ، ولا في الخُلع والمباراة، ولا مع سؤالها، ولا إذا كانت أمةً وقتَ الطلاق ثمّ أُعتقت أو ذمّيّةً فأسلمتْ.

ولوِ ادَّعتْ وقوعَه في المرضِ قُدِّم قولُ الوارثِ مع اليمين.

ولو طلّق أربعاً وتزوّج بأربعٍ ودخَلَ بهنّ وَرِثَتِ الثماني الثُمْنَ بالسويّةِ.

ولو كاتب المريضُ صحَّ مِنَ الثُلثِ، فإنْ خرج صحّتْ وَانْعتق بالأداء، وإن لم يكن سواه صحّت في ثُلثه وبطلت في الباقي.

قوله ﴿﴾: «ولو أعتق المُستَوعبَ وقيمتُه عشرةٌ، ثمّ كسب عشرةً ومات قبلَ مولاه فلَه شيءٌ مِنْ نفسِه، ومن كَسبه مِثلُه لولده، ولسيِّده شيئانِ يساويان مالَه مِنْ نفسه، فَتُقْسَمُ العشرةُ أثلاثاً، للابْنِ ثُلثُها، وللسيِّد الثُلثان، وعُلِم عتقُ ثُلثه».

أقولُ: هذه أيضاً دَوريّة. واعلم أنّ الولدَ هنا حرٌّ؛ و طريق التخلُّصِ أنْ نقولَ: للمُعتَقِ شيءٌ من نَفْسه، ومِثلُه من كسبه لِولده، وللسيِّد شيئانِ في مقابلِ المُعْتَقِ، فيكون كسبُ العبدِ أعني العشرةَ في مقابلِ ثلاثةِ أشياءَ؛ إذْ ذلك الشيءُ الذي لَه من نفسِه كالمعدوم، فالشيءُ ثلاثةٌ وثلثٌ، فَلوارثه ثلاثةٌ وثُلثٌ بالميراث، ولسيِّده الباقي، وتبيَّن أنّه عتق منه ثُلثُه؛ لأنّه قد وَصَلَ إلى السيِّد بِقَدر الثُلث مرَّتَين؛ أمّا لو لم يَخْلُفْ وَلداً والحالُ هذه، كان له مِنْ نفسه شيءٌ ومن كسبه شيءٌ آخرُ ولسيِّده شيئانِ وفي يده عشرةٌ، فالشيء خَمسةٌ، وتبيَّنَ أنّه عتقَ نصفُ العبد، والعشرةُ يستحقُّها السيِّدُ، نصفُها بالجزءِ الرقِّ ونصفُها بالوَلاء عن الجزء الحرّ.

ولو كاتبه في الصحّة ثمّ أعتقه أو أبرأه في المرض مِنْ مالِ الكتابةِ اعْتبر الأقلّ مِنْ قيمتِه ومالِ الكتابة، فإنْ خرج الأقلُّ مِنَ الثُلثِ عَتَقَ، وإنْ قصر الثُـلثُ عَـتَقَ بقدره وسعى في باقي الكتابةِ، فإنْ عجز استرقّوا بقدر الباقي.

ولو خَلَف عشرينَ و ولداً كانَ ثُلثها للوارثِ وثلثاها للسيِّد، وتبيّنَ أنّه عـتقَ ثُـلثاه، ولو لم يكن له ولدٌ عتق كلُّه، والعشرونَ للسيِّد بالولاء.

واعلم أنّ المرادَ بقولنا: «لسيِّده» في الصُوَر المتقدِّمَة أنّه لتَركَة سيِّده؛ إذ السيِّدُ لا يستحقُّ شيئاً هنا؛ للزوم العتقِ من جهَته، حتّى لو بَرَأ تبيَّن عتقُ المـجموع وكـان مـجموعُ الكسب للوارثِ إنْ وُجِدَ وإلّا فللسيِّدِ.

تَمّ الجزءُ الأوّلُ مِنْ كتابِ غايةِ المرادِ في شرحِ نُكَتِ الإرشادِ بِعَوْنِ الله و مَنّه وَتَوفيقه، ونَسألُه الإعانَةَ على إتمامِ الثاني، إنّه وليّ ذلك، والقادرُ عليه. ويَتلوهُ في الثاني كتابُ النكاح.



تمّ الجزء الثاني ـ حسب تجزئتنا ـ ويتلوه في الجزء الثالث كتاب النكاح


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



Academy of Islamic Sciences and Culture

المركز العالي للعلوم والثقافة الاسلامية

معاونة الابحاث لمكتب الاعلام الاسلامي

في الحوزة العلمية، قم المقدسة

www.isca.ac.ir